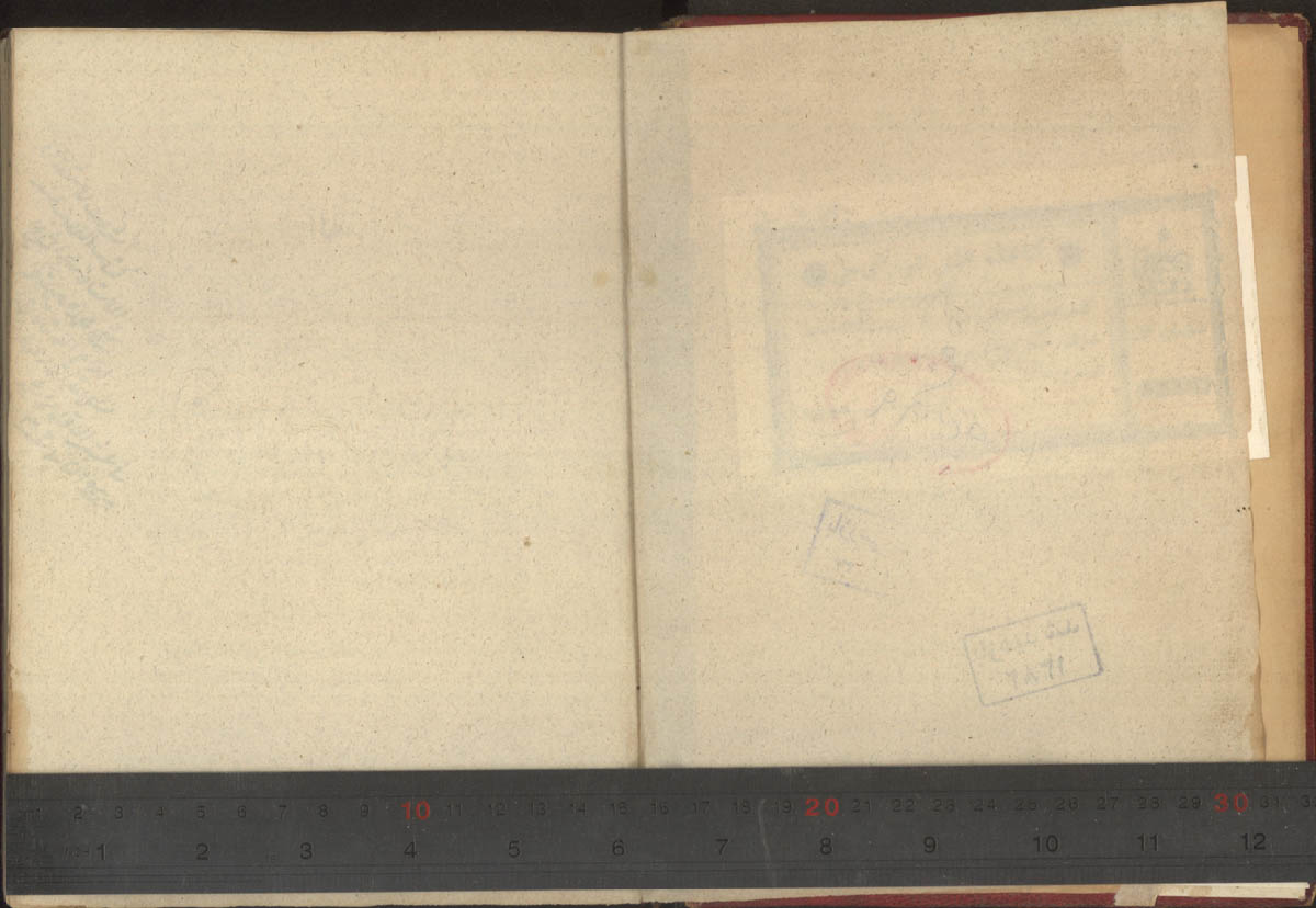
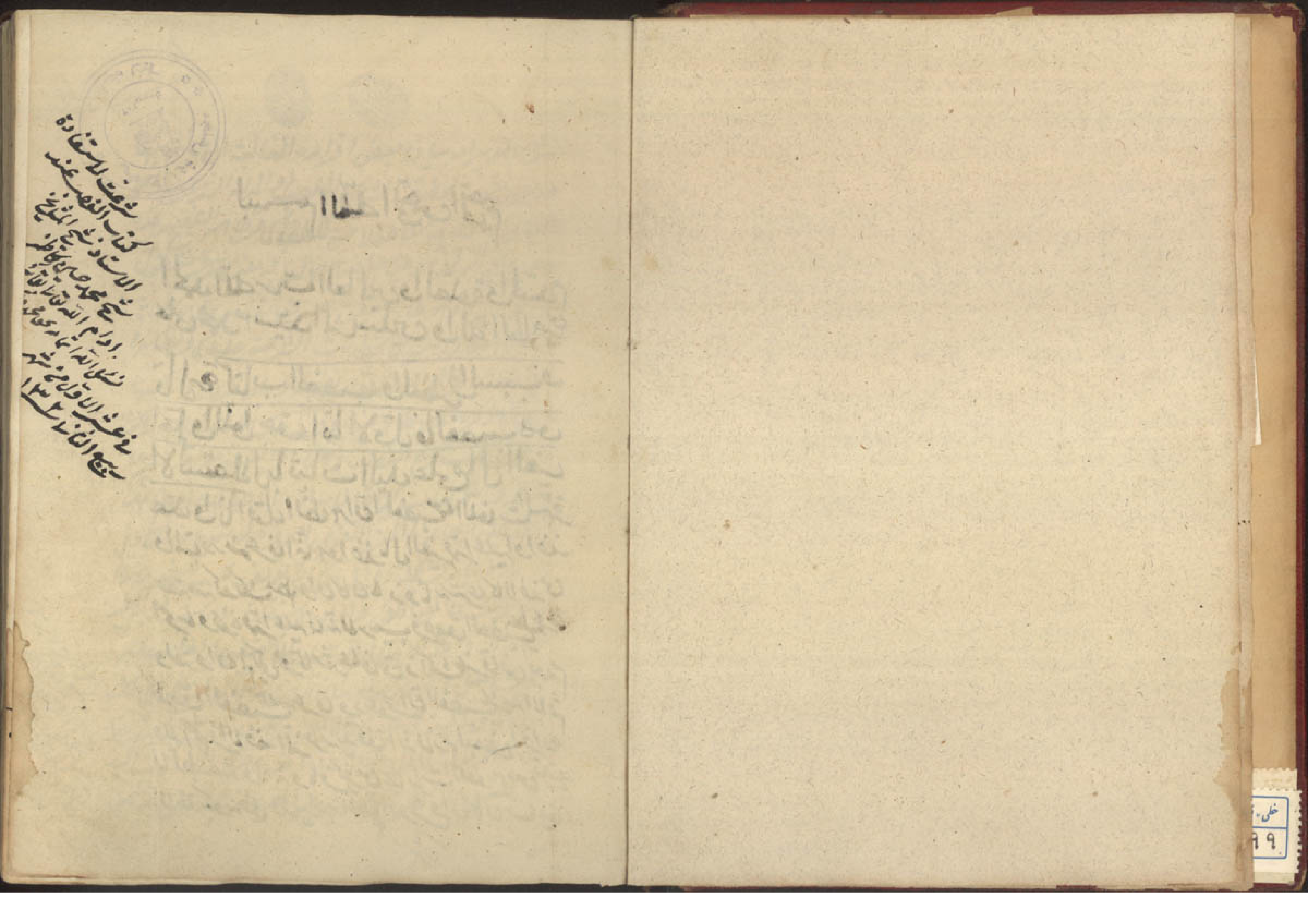

کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب
مؤلف
موضوع
شماره ثبت کتاب
۸۵۹۶۸
بازدید شد
۱۳۸۲
بازرسی
خطی «فهرست شده»
۹۳۹۹







بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على محمد سيد المرسلين وآله الطاهرين

قال ره كتاب الغصب والنظر في السبب والحكم واللواحق اما الاول فالغصب هو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا اقول الظاهر ان الغصب من اللغات المتعارفة والمتبادر منه عرفا انما هو اخذ مال الغير قهرا عليه او اخذ حقه منه كذلك مط وان كان ماذونا به شرعا كالاخذ من الحربي ونحوه قهرا عليه فانه لاريب في صدق الغصب عليه عرفا ولغة وان لم يكن محرما شرعا فاتق ذلك عن قاضي بعدم صدق الغصب عليه عرفا ودعوى ان الغصب يلزمه الاثم ولا اثم في الاخذ المزبور يدفعها انه لازم لبعض افراده لا لطبيعته وذاته وما في كثير من عبارات اللغويين من تقييد الاخذ بكونه ظلما فقد يراد به الظلم العرفي وان كان سائغا شرعا

شرعا او يراد بيان بعض افراده الغالبة التي يأثم بها ودعوى ثبوت الحقيقة الشرعية للغصب او المراد الشرعي واضحة المنع واما الحقيقة الاصطلاحية للفقهاء كما هو ظاهر التنقيح وغيره وصريح مجمع البرهان وغيره بل فيه ايضا ليس له معنى شرعي منقول من اللغوي وهو ظاهر متفق عليه فمع تقدير ثبوتها فلا ريب في عدم امكان تنزيل الخطابات الشرعية عليها كما في نظائرها وح فلا ثمرة في البحث عن تعاريفهم له وبيان طردها وعكسها ومنها ما ذكره المصنف وغيره وفي المسالك انه اصطلاح الاكثر وهو المناسب لتحريم الغصب وتمام ما في التنقيح منه انه شرعا قد عرف بتعريفات كثيرة انما يراد به الاصطلاح ايضا هذا ان لم يمكن ارجاعه الى المعنى اللغوي العرفي ولو بنوع من التاويل وارادة بيانه في الجملة وفي المسالك انه تعريف بحسب مفهومه شرعا وهو قريب من المعنى اللغوي والمراد بالاستقلال به الاستبداد به بغير مشارك واصله الاقلال لان باب الاستفعال يغلب فيه طلب الفعل وهو غير مراد هنا فاحترز به عما لو ازعج المالك عن ماله ولم يستول عليه فانه لا يضمن كما سيأتي وكذا لو مد بمقود الدابة المركوبة لمالكها مع قوته على دفعه وخرج بالمال اثبات اليد على ما ليس بمال كالحر فلا يتحقق فيه الغصب فلا يضمن ويشمل

المال العين والمنفعة المجردة عنها كما لو آجر داره ثم استولى
عليها فانه يكون غاصبا للمنفعة ويخرج منه منفعة البضع فانها
وان دخلت في المنفعة لكن لا يدخل في المال الذي ينقسم الى العين
والمنفعة فالداخل منه في المال منفعة خاصة وهي منفعة المال
لا مطلق المنفعة كما ان المراد بالعين عين خاصة لا مطلق
العين واضاف المال الى المعين ليخرج به مال نفسه فانه لو اثبت
يده على ماله عدوانا كالمرهون المشروط كونه في يد المرتهن
فليس بغاصب والتقييد بالعدوان ليخرج به اثبات المرتهن و
الولي والوكيل والمستاجر ونحوهم ايديهم على مال المرتهن
والمعطل والمعطى عليه والموجر ونحوهم هذا وينتقض في عكسه
بما لو سكن مع المالك اما قهرا او بغير اذنه وان قدر المالك على دفعه
فلم يفعل فانه غير مستقل باثبات يده لمشاركة المالك له في اليد
وربما كان المستقل به في الثاني هو المالك وما قيل من ان
الساكن على هذا التقدير مستقل بالغصب ضعيف لانه لم يستبد
وانما هو مشارك بل ينتقض على هذا بما لو اشترك اثنان في غصب
مال بحيث يعجز كل واحد عن الاستقلال به منفردا فانه لا استقلال
لكل واحد بالمال وانما هو مركب منهما مع ان كل واحد منهما محكوم بكونه
غاصبا ومن ثم تخير المالك في تضمين من شاء منهما وبما لو اذن
غير المالك لغيره في سكنى داره وان حكى جاهلا بالحال فانه ليس
بغاصب لانه غير منتقد والاذن وان كان متعديا بالاذن الا

الغرس

انه

انه غير مستقل باثبات اليد مع انه الغاصب شرعا والضمان راجع
اليه الآن بجعل مثل هذا الاذن استقلالا باثبات اليد حيث
لا مدافع له عنها وهو بعيد وينتقض ايضا بما لو استقل باثبات
اليد على حر صغيرا ومجنون فتلف بسبب كلدغ حية
له او وقوع حائط عليه عند الشيخ وقد يمنع منفعة البضع على
بعض الوجوه كما لو تعددت الرضاع المحرم او رجع الشهود
بالطلاق عنه وينتقض التقييد بمال الغير بما لو استولى المالك
على ماله المرهون عدوانا فانه يضمنه مع التلف بالمثل او القيمة
يكون رهنا وحق المرتهن لا يسمى مالا وان تنزل منزلته وبما
لو استقل باليد على حق الغير في نحو المدرسة والرباط والمسجد
والتحجير فانه في جميع ذلك غاصب مع انه لم يستول على ماله وبما
لو غصب الوقف العام فانه ليس ملكا للغير بل ولو الحق على
القول بانتقال ملكه الى الله تعالى الا ان يراد من الغير ما يشمل الله تعالى
وهو بعيد وينتقض ايضا بجملة من الصور التي يضمن فيها المال بالتسبيب
من دون ان يستقل يده عليه كما لو فتح قفص الطائر او حل قيد
الدابة ونحو ذلك مما يوجب الضمان وينتقض ايضا بمن ترتبت
يده على الغاصب جاهلا فقد سموه غاصبا وجوزوا الرجوع
اليه وان جاز له الرجوع على من غره وينتقض ايضا بمن سكن
دار غيره غلطا او لبس ثوبه خطأ فانه يضمن الآن بجعل الضمان
المذكور في كتاب الغصب اعم من ضمان الغصب في ذكره على وجه

الاستطراد ويؤيده ما تقدم من تحريم الغصب بالنص والاجماع مع
عدم ثبوت التحريم في هذه المواضع وان اوجبت الضمان الى غير
ذلك مما فيه وفي غيرها وفي كثير منها نظر كما لا يخفى على المتدبر فلاحظ
وتدبر والله اعلم ومنها ان الغصب هو الاستيلاء على مال الغير بغير
حق ومنها انه هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق وهو الاجود
كما في المسالك لسلامته عن كثير مما سبق ايراده على الاول والاظهر
في الاستعمال اطلاق الغصب على ما يشمل المقتضي للاثم وغيره
وان كان الاغلب هو الاول ومنها اخذ مال الغير على جهة التعدي
ومنها الاستقلال على مال الغير بغير اذنه الى غير ذلك مما لا باس
بارجاعه الى المعنى اللغوي ولو بضرب من التاويل والا فلا شاهد
على ارادته من الفاظ الكتاب والسنة ولا ثبت حقيقة في الاصطلاح
بين الفقهاء ففي التنقيح ان تعريف المصنف اسد لانه هو المتبادر
الى الذهن عرفا الى ان قال والفقهاء يطلقون الغصب على ذلك
وعلى ما يشبهه من المضمونات اما بالاتلاف مباشرة او تسبيبا
واما بالقبض بالعقد الفاسد ونحوه فان كان الاطلاق المذكور
على وجه الحقيقة كان اصطلاحا لهم ايضا وان كان على وجه المجاز
فالامر فيه سهل واما دعوى انه حقيقة شرعية ففي ذلك لوجود
ضابط فيه كما وقع لبعضهم ففي غير محلها لمعلومية عدم وجود
ضابط فيه كما لا يخفى على من عرف ذلك في محله فلاحظ وتامل والله اعلم
ولا ريب في تحريم الغصب في الجملة عقلا ونقلا كتابا

وسنة

وسنة نبوية وامامية قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الآية وقال تعالى ويل للمطففين الآية وقال تعالى
والذين ياكلون اموال اليتامى الآية ونحو ذلك من الآيات
الناهية عن اكل مال الغير بالسرقة والخيانة وغيرها وقال
النبي ص لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه وقال ص ان
دماءكم واموالكم عليكم حرام لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله
الا بطيب نفسه وقال الصادق ع في خبر ابي ولاد عليك قيمة
البغل وقال ع في حديث المناهي عن النبي ص انه قال من خان
جاره شبرا من الارض جعله الله تعالى طوقا في عنقه من تخوم
الارض السابعة حتى يلقى الله تعالى يوم القيمة مطوقا الا ان
يتوب ويرجع وقوله ع لان الغصب كله مردود وقوله ع
الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها لانك غاصب
الى غير ذلك وقال ص من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى
من سبع ارضين يوم القيمة الى غير ذلك من النصوص الكثيرة
الدالة على تحريم السرقة والخيانة والغصب بجميع افراده الغالبة
فلا تنفي عدم حرمته على المضطر الى غصب مال الغير ولا على الاخذ
من مال الحربي ونحوه مما اعلي بناء على عدم مملكيته للمال الذي في يده
كما هو ظاهر ادلة الحيازات ونحوها وان ساغ لنا اخذه منه
فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره فلا يكفي رفع

يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده فلو منع
غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت
لم يضمن وكذا لو منعه من القعود على بساطه
او منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته
السوقية او تلفت عينه اما لو قعد على
بساط غيره او ركب دابته ضمن اقول اما الاول
فلا ريب فيه لعدم صدق الغصب عليه لا لغة ولا عرفا ولا
شرعا ولا اصطلاحا كما هو واضح كوضوح حصول الاثم له
في جميع ذلك لانه منهي عن منع المالك عن ذلك كله و
انما البحث في ضمانه بذلك لو تلف المال او حصل به عيب او
نقصت قيمته السوقية او وصل الى حد لا قيمة له فعلا وظاهر
المتن وغيره عدم ضمانه بل ربما نسب الى المشهور للاصل وعدم
اندراجه في ادلة الضمان وفي المسالك ان عدم الضمان
في الاولين هو المشهور وانه يتم مع عدم كون المنع سببا
في التلف بل اتفق معه اما لو كان سببا والتلف متوقع
معه فالوجه الضمان لتحقق السببية وهو اختيار جماعة من
المتاخرين وهو جيد لو ثبت ان مطلق التسبيب العرفي للتلف
موجب للضمان شرعا ولكن لم نعثر له على شاهد بحيث يخرج به
عن الاصل واولى بالمنع ما قيل من ضمانه مطلقا كما هو مقتضى
اشكال التذكرة وعن بعض فتاوى الشهيد وجماعة ممن تأخر

عنه

في ضمان المانع
وصل في الغاصب
عليه وعدمه
والتحقيق على

في القول الثاني

عنه لنفي الضرر والضرار ولانه عاص بمنعه فيستحق النكال دنيا
وآخرة كما قيل لوضوح ان قاعدة نفي الضرر انما توجب الاثم
دون الضمان ولو سلم فانما يعمل بها مع الجابر في عمل الاصحاب
لا مع اعراضهم عنها كما في نحو المقام المشتهر فيه عدم الضمان مطلقا
كما اعترف به كثير منهم وانكار الشهرة المزبورة بدعوى ان
المراد من نحو المتن انما هو نفي الضمان من حيث الغصب الذي هو
احد اسبابه لعدم تحقق موضوعه فيه عرفا وذلك لا ينافي حكمهم
بالضمان من جهة اخرى كالتسبيب في نفي الضرر كانه في غير محله
بل هو من الرجم بالغيب وربما انكر التزام نحو ذلك فيما لو كان
الدليل على الضمان واضحا جليا بحيث لا يخفى على احد منهم لا فيما
لا دليل على ضمانه اصلا بحيث يعول عليه شرعا وكذا البحث
فيما لو منعه من سكنى داره او امساك سفينته او نحو ذلك
لاتحاد المناط في الجميع فتأمل جيدا والله اعلم وفيه ايضا وكذا لو منعه
من بيع متاعه فتلف بحيث لولا المنع لما حصل التلف فانه
يكون سببا فيه اما لو نقصت قيمته السوقية مع بقاء عينه وصفاته
على حالها فعدم الضمان متجه للاصل ولعدم تلاف مال ولا وصف
ولا حق مالي والقيمة السوقية امر وهمي وقال الشهيد في الدروس
انه لا يضمنها قطعا مع انه قد قرر ضمانها ايضا في بعض فتاويه لنفي
الضرر وكونه سببا في تلف المال عرفا خصوصا فيما لو لم تبق له قيمة

في حد الفعل
بالضمان

فيما ص

سوقية اصلا كما قد يتفق في بعض الاحيان واليه مال كثير ممن
تاخر ودعوى صدق القبض بنقص العين دون نقص القيمة
لا تخلو من تحكم فالوجه عدم الضمان في الجميع مطلقا فقد قيل
بانه من الفتاوى المهجورة التي قد قطع كثير منهم بعدمه
في نقص القيمة السوقية او في غيره ايضا مع عدم التسبيب او
مطلقا كما هو ظاهر المشهور والمؤيد بالمنصور فتامل جيدا والله اعلم
واما الثاني فلا ريب في تحقق الغصب فيه لغة وعرفا بل
ظاهرهم الاتفاق عليه من غير فرق بين انتقال الدابة
ونحوها عن مكانها وعدمه ولا بين غيبة المالك وعدمها
مع انه عاجز عن ماله وعدمه ولا بين قصده وعدمه كما هو
ظاهر المشهور او الجميع لعدم توقف صدق الغصب بجميع معانيه
على النقل لا لغة ولا عرفا ولا اصطلاحا وتوقف انتقال
ضمان المبيع على النقل مع تسليمه ولو في بعض افراده غير قاضي
بتوقفه عليه في صدق الغصب ايضا مع بطلان القياس عليه
عندنا فما عن بعضهم من الزامه بذلك في غير محله واضعف
منه ما في القواعد من انه يتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل
الا في الدابة فيكفي الركوب عليها وفي الفراش فيكفي الجلوس
عليه اذ الفرق الفرضي المزبور لا يخلو من تحكم ودعوى مساعدة
العرف على ذلك واضحة المنع واضعف منه ما قيل من ان القبض
هنا كالقبض في البيع الذي ذكروا فيه ان القبض في المكيل والموزون
لا يحصل الا بكيله ووزنه فيقتضي ح توقف تحقق الغصب على
ذلك

ذلك ايضا كما قيل الا انه واضح السقوط لمعلومية صدقه لغة وعرفا
واصطلاحا مع نقله بدون الكيل والوزن وانكاره مكابرة على
الوجدان نعم قد يتجه باعتبار قدرة الراكب على الدابة على نقلها
من مكانها وقدرة الجالس على الفراش على نقله وبهذا فلو فرض
عجزه عن ذلك من جهة حضور المالك ومنعه عن ذلك او ضعف
الجالس عليه شغلا عن مقاومته توقف صدق الغصب عليه تامل وكذا لو جلس
عليه غفلة من غير قصد الى اخذه اصلا ونحو ذلك فلا موجب للضمان في ذلك
ونحوه وعدمه على اليد ما اخذت حتى تؤدي غير شامل لمثل ذلك
بل المتبادر منها انما هو الاستيلاء على المأخوذ والتسلط عليه عرفا
على نحو تسلط المالك عليه وان كان ممنوعا منه شرعا بل هذا المعنى غير
متحقق في نحو ذلك اللهم الا ان يتم اجماع على الضمان بمطلق الجلوس
ونحوه وانى بذلك فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله ويصح غصب
العقار ويضمنه الغاصب ويتحقق غصبه
باثبات اليد عليه مستقلا من دون اذن
المالك وكذا لو اسكن غيره فلو سكن الدار
مع مالكها قهرا لم يضمن الاصل قال
الشيخ يضمن النصف وفيه تردد منشاه

على عدم الاستقلال من دون المالك ولو
كان الساكن ضعيفا عن مقاومة المالك
لم يضمن ولو كان المالك غائبا ضمن اما
الاول فلا ريب فيه بل الاجماع بقسميه عليه لصدق
الغصب عليه لغة وعرفا ولقوله ص من غصب شبرا من
ارض طوقه من سبع ارضين يوم القيمة الى غير ذلك
ولمخالفة بعض من جعل الله تعالى الرشد في خلافه حيث
ذهب الى انه لا يدخله الغصب لعدم تصور اثبات
اليد عليه وعدم امكان نقله وضعفه ظاهر ولمعلومية صحة
بيعه الذي من شرائطه امكان اقباضه وقبضه وبذلك
يتحقق غصبه ايضا ولا يتوقف على دخوله في الدار ولا
على انزعاج المالك عنها لا عرفا ولا لغة كما في المسالك
وغيرها فلكن في القواعد انه يتحقق بالدخول وازعاج
المالك فلو ازعج ولم يدخل او دخل لا بقصد
الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن وان قصد فهو غاصب
للنصف فيضمنه وفي جامع المقاصد انه لو ازعج القوي لمثله
ولم يدخل او القوي للضعيف كذلك ففي تحقق
الغصب اشكال ينشأ من ان قبض العقار

في تحقق الغصب في العقار باثبات اليد فقط من الدخول [illegible] ايضا

يكفي

يكفي فيه التمكن من التصرف والتخلية وتسليم المفتاح فكفى هذا القدر
في صدق الغصب وفيه ان العرف قاض بان الغصب انما يتحقق
بالدخول لان الاستيلاء به يحصل وذلك وفي التذكرة شئ مما هنا من
الاشكال وفي التحرير الجزم باشتراط الدخول والمسألة موضع تردد
ونحوه في التنقيح وغيره وقد يورد عليه بان العرف الذي يدور الامر
به العرف العام كما هو الظاهر منه فالملازمة لا اقتضاء له لاعتبار التصرف
في مفهوم الغصب كما انه مستظهر كما اعترف به كثير ممن تاخر وان اريد
به العرف الخاص والاصطلاح بين الفقهاء فمع تسليمه اليه مما لا يترتب
عليه حكم شرعي كما هو واضح وفي التحرير انه يحكم بغصب العقار كالدار
والمزارع وغير ذلك من الاراضي فيضمنه الغاصب فلو تلفت ضمنها
اجماعا كهدم حيطانها وتغريق اجزائها وكشف ترابها والعارض
فيها ونقص ما يحصل بغرسه او بنائه ولو دخل ارض انسان
او داره والمالك غائب ضمن سواء قصد ذلك او ظن انها
داره او دار اذن له بالدخول اليها على اشكال اقربه عدم
الضمان الا مع قصد الاستيلاء فيتحقق به الغصب فيه الذي هو
الاستيلاء باثبات اليد عليه من دون اذن المالك وقد يتحقق الغصب
بان يسكن غيره فيه ولو سكن مع المالك قهرا فالوجه انه يضمن النصف
انتهى وهو كالنص في عدم اشتراط الدخول فيه في تحقق معنى الغصب
على نحو المتن وذكر بعض الفروع التي فيها الدخول غير قاض بدخوله في معناه

كما في المتن وغيره ايض فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه ظاهر الفقهاء
وغيرهم اعتبار قصد الاستيلاء على الدار مثلا بعد دخولها وح فلو دخلها
بدونه لم يكن غاصبا لها وان كان آثما بذلك خصوصا مع نهي المالك
له عن الدخول فيها وهو جيد بناء على ان الغصب اخذ مال
الغير قهرا بان يجعل يده بدلا عن يد المالك لعدم تحققه بدونه
القصد المزبور ولو اجمالا ولكن عن التذكرة وجامع المقاصد ان
وجود نفس الاستيلاء حقيقة يغني عن قصده فلا اثر لعدم قصده
مع حصوله حقيقة وح فيدخل فيه الجاهل والغافل والناسي والمكره
والمضطر كما قيل وقد يدقق بان حصول الاستيلاء حقيقة مستلزم
للقصد المزبور عادة بل وعقلا فلا يبعد ان يقال بان مراد
الجميع انما هو الاحتراز عن الداخل الى الدار لغرض غير الاستيلاء
الحقيقي عليها بل لينظر اليها ليتخذ مثلها مثلا فانه ليس بغاصب لها
عرفا قطعا كما اعترف به بعضهم وفي ضمانها لو انهدمت في ذلك
الوقت اشكال كما عن التذكرة بناء على انه قد حصل التلف في يده
كما لو اخذ منقولا من بين يدي مالكه لينظر اليه فتلف فانه يضمنه
ومن ظهور الفرق بينهما لان اليد على العقار حكمية لا حقيقية
كاليد على المنقول فلابد في ثبوت اليد على العقار من امر آخر
وهو قصد الاستيلاء فيه بخلاف المنقول فانه لا يحتاج الى امر آخر
زايد على اليد كما قيل ولعل الاولى هو القول بصدق اليد حقيقة

علیه ص

فيتحقق

وقبض المنقول مط ولو لغرض غير الغصب فيضمنه لعموم النبوي
ونحوه مع عدم صدقها في العقار على الوجه المزبور والعرف
شاهد على ذلك كما قيل او يقال بان التلف في المنقول مستند
اليه عرفا اذ لو لم ياخذه من بين يدي مالكه لم يتلف في يده بخلاف
انهدام الدار حين دخوله اليها فانه من المقارنات التي لا مدخلية
لدخوله فيها فيه اصلا نعم لو كان الانهدام المزبور مستندا الى
دخوله كما قد يتفق احيانا فلا ريب في ضمانه وكان كقبض
المنقول وتلفه في يده اذ لا فرق بينهما ح ولعل النزاع لفظي
او موضوعي فلاحظ وتامل والله اعلم واما الثاني فلا ريب فيه

بقسمیه ص

الظ بل الاجماع عليه فيما لو كان اسكان الغير بعنوان الاذن منه
بالسكنى والرخصة منه فيها لتحقق مفهوم الغصب فيه عرفا ولغة
من غير فرق بين علم الساكن بالحال وجهله به بالنسبة الى الضمان
لاشتراكهما معا في الدخول في عهدة اليد ونحوه ونفي الضمان عن الجاهل
كما عن بعضهم في غير محله واما بالنسبة الى الاثم فالفرق بينهما واضح
لثبوته في حق العالم به دون الجاهل به فانه لا اثم عليه عقلا ونقلا
بل وليس بغاصب على الاظهر خلافا للكثير منهم حيث حكموا بكونه غاصبا
اصطلاحا ولكنه مع تسليمه في نفسه مما لا يسمن ولا يغني من جوع
كما سبق غير مرة فلاحظ وتامل والله اعلم واما الثالث فقد

وضمان اختلفوا فيه على قولين ونصره الشيخ والاكثر كما في المسالك وغيرها
الكلام ومعه من بل نسب الى المشهور بل عليه الفتوى كما في التنقيح ضمان النصف
الصبي لاشتراكه مع المالك في اليد على نحو ما لو غصبها اثنان
مثلا على وجه لا يستقل احدهما بها ولا يتمكن منه بدون الآخر
اللهم الا ان يلتزم بعدم صدق الغصب والغاصب على كل
واحد منهما ايضا وان اثم كل واحد منهما بل ولحقه الضمان
الا ان ذلك اعم من الغصب المصطلح على الاقوى واما احتمال
عدم ضمانهما اصلا لعدم ثبوت يد كل واحد منهما على مجموع
الدار ولا يد لكل واحد منهما على نصف معين ولا على
نصف مشاع غير معين فيدفعه مع قرب دخوله في عموم على
اليد ونحوه انه مخالف للاجماع بقسميه على ضمانهما في الجملة
وانما الاشكال في ضمان كل واحد منهما للجميع فيتخير في الرجوع
على من شاء منهما او ضمان كل واحد منهما للنصف فقط
فيرجع المالك على كل واحد منهما بنصفه عند الاثنين ولكن
لا اجماع في محل البحث على الضمان في الجملة
المصنف وغيره عدم الضمان فيه للصبي بل في النافع وغيره
حكاية قولا بل هو احد القولين على وجه مشعر بعدم اشتهار
الاول وفي التنقيح ان القولين للشيخ في المبسوط احدهما

واعلم ان في المسئلة اقوال ثلثة احدها عدم الضمان اصلا كما اختاره المصنف ثانيها ضمان النصف ثالثها ضمان الجميع فلاحظ

احدهما ان كلا منهما الا في الاقوى الفاضل خلاف المسئلة الثانية

عدم

عدم الضمان لانه قال فيه لو مد زمام الناقة من
مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم يزل
يده عنها ولا فرق بين الصورتين واختاره المصنف
في الشرايع لان يد الغاصب غير مستقلة لان الاستقلال
انما يحصل برفع يد المالك فلم يرفعها وفيه نظر لانه
ان اراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل والالزم
عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيء واحد وان
اراد به رفع يد المالك فهو مصادرة على المطلوب لان ذلك
عين المتنازع فيه انتهى ولا يخلو بعضه من نظر فتدبر وفي
الرياض ان القولين مبنيان على الاختلاف في تعريف
الغصب لان المعتبر فيه ان كان هو الاستقلال لم يضمن وان
كان هو الاستيلاء ضمن والثاني هو الاظهر وفاقا للشيخ
والاكثر بل قد يتحقق برجوع الاول اليه وفاقا لجماعة منهم
الشهيدان في الدروس والروضة والفاضل المقداد في التنقيح
كما سبق من عبارته وبعد عليه اللغة بل والعرف الذي لا يقتضي
الا الاستيلاء كما لا عبرة بالاصطلاح كما سبق غير مرة فلاحظ.

اثبات اليد على وجه ينتفع به

وتدبر والله اعلم ولو قلنا بالضمان ففي ضمان الجميع او النصف
وجهان وفي النافع وغيره الجزم بالنصف كما صرح به القائلون
بالتنصيف كالفاضل وغيره لاصالة برائة الذمة من ضمان
الكل ولان يده على النصف فيضمنه كما قيل وقد يورد
عليه بان يد الغاصب على الجميع وتصرفه في الجميع فينبغي ان
يضمن الجميع ولا ينافيه تصرف المالك فيه ايضا فان
اجتماع اليدين على الكل بالمعنى المذكور غير ممتنع لا عقلا ولا
شرعا والحكم بالتنصيف بالملكية في مثله انما هو من جهة عدم
تعقل الحكم بملكية الجميع الذي هو مقتضى اليد لكل واحد منهما
فليس ح الا التنصيف بينهما كالبينتين لا لان يد كل واحد
منهما على النصف كما زعمه بعضهم واما هنا فلا مانع من الحكم
بضمان الغاصب لجميع العين لاستيلائه على جميعها
الذي لا ينافيه استيلاء المالك ايضا على جميعها كما قيل ويمكن دفعه
بان ذلك كله مع تسليمه في نفسه لا دليل على كونه سببا للضمان
وليس المراد من قاعدة اليد هذا المعنى بل المراد منها انما هو تبديل
سلطنة المالك بسلطنته والمفروض هنا عدمه الا ان
يكون المالك ضعيفا جدا بحيث يكون تصرفه في الدار بحرض الغاصب

لا قهرا

لا قهرا عليه لاستقلاله بالغصب فيتجه ح ضمان الغاصب للجميع الا انه
خلاف المفروض عندهم وان كان اطلاق المتن ونحوه قد يعطي
شموله لذلك الا انه غير مراد منه كما يشهد له تعليل عدم الضمان
بعدم الاستقلال فانه انما يتم في المثل ويبين في القوة بحيث لا
يغلب احدهما الاخر كما جزم به بعضهم فلاحظ وتامل والله اعلم
تنبيه قد يستظهر من نحو النافع ضمان الغاصب للنصف مطلقا
وان كان المالك متعددا ساكنا في الدار فانه مقابل للغاصب وكذا
لو تعدد الغاصب واتحد المالك لانه مقابل ايضا وفي التنقيح بعد حكاية
القول بانه يضمن النصف لان الغصب هو اثبات اليد على مال الغير
عدوانا سواء سقط يد المالك او لم يرفعها لكن اذا لم يرفع يد المالك
عنه ضمن النصف كما اذا كان له شريك في الصحة ويتفرع على هذا
القول انه لو كان المالك اكثر من واحد هل يلزم الغاصب النصف
ايضا او بالنسبة فلو كانا اثنين لزم الغاصب الثلث ولو كانوا
ثلثة لزمه الربع ولو كانوا اربعة لزمه الخمس الاقرب الاخير ولو تعدد
الغاصب المحقق تقسط الضمان على نسبة ما استولوا عليه واستقلوا به
ان نصف فنصف وان ثلث فثلث وان ربعا فربع وهكذا
والظاهر التحقيق مخالف للوجهين الاولين وهو الوجه الذي
نعتمد عليه في قاعدة اليد وهو ان الاان تميزه في الخارج لا يخلو من

٢ غيرص

صعوبة بعد ان كان مجرد التصرف في الدار اعم من كونه ذا يد
عليها اجمع او على بعضها نعم لو علم بثبوت اليد عليها في
الجملة وشك في مقدارها فالوجه الاقتصار على الاقل
ونفي الزائد بالاصل كما في نظائره فلاحظ وتامل والله اعلم

الكلام في ضمان المنفعة

تبصرة لاريب في ضمان الغاصب للمنفعة التي استوفاها
بمكناه وانما البحث فيما لو لم يستوفها ففي ضمانها قولان
من الاصل ومن قاعدة اليد القاضية بضمان ما فات منه
في يده لانها قد فوتها على المالك وهي في يده كما لو لم
يستوف شيئا من منافعه في هذا الحال كما لو حبس الدابة
عنده مثلا نعم يستثنى له ما استوفاه المالك فقط لوصول حقه
اليه فلا يجمع بين العوض والمعوض عنه وقد يقال بان المنفعة

في التفصيل بين المنفعة الفائتة الغير المستوفاة تقسيطها بينهما

الفائتة تحت ايديهما نسبتها اليهما على حد سواء ولا دليل
على الزام الغاصب بها حال كونه بيد المالك عليها ايضا فليعطها
تحسب عليه كالتي استوفاها او انها تقسم عليهما معا فيضمن
الغاصب حصته منها فقط نعم لو لم تكن يد المالك عليها
واختصت اليد بالغاصب اتجه ضمانه لها لانه مفوت للمنفعة
عليه وان لم ينتفع بها بنفسه اللهم الا ان يتم عليه اجماع كما
قد يظهر من بعض العبارات ولكن اني بذلك فتدبر جيدا والله

ولو كان

ولو كان الغاصب يده على جزء معين من الدار فالمتجه ضمانه
عليه عينا ومنفعة مطلقا وان كان فائتة في يده كما لو غصب
جميع الدار ومنع المالك عنها اجمع اذ لا فرق بينهما حينئذ اصلا
نعم وفي الكفاية وغيرها انه ربما قيل بانه مستقل بالغصب على
سبيل الاشاعة وانه على القول بالضمان لا بد من التقييد بكونه
متصرفا في النصف بحيث يمنع المالك من انواع التصرفات
كالبيع والهبة وامثالها لا لمجرد السكنى معه وقد يورد عليه بانه
يكفي في ضمانه للنصف اثبات يده بالسكنى على الاشاعة وان
لم يمنعه عن التصرفات المزبورة لصدق على اليد وقد يدفع
بان مجرد السكنى ليس فيها تبديل سلطنة المالك بسلطنته
وهو المراد من قاعدة اليد كما سبق وفي مجمع البرهان ان ضمان
النصف انما هو اذا شاركه في كل موضع من البيوت بحيث
لا يزاحمه ولا يزاحمه الا في النصف فهو غاصب للنصف فقط
لانه انما استقل في ما استولى عليه ويمكن ان يكون الحكم كذلك اذا
شاركه في البيت من غير تعيين نصف بان يقول انا وانت
نكون فيهما مع اثبات يده على الكل وعدم منعه من شيء مثل
الشريكين بالنصف واحدهما باذن للآخر واذا فرض اختصاصه
ببعض معين ومنع المالك عنه خاصة لا يكون ضامنا وغاصبا

٦١

الا اذا اشترکا مع المالک بالنصف فذلک المتصرف فيه واذا
فرض استيلائه على الاكثر يكون ذلك هو المغصوب وبالجملة
ينظر الى التصرف وقهره والظاهر انه لا تفاوت في ان يكون
المالك قادرا على منعه عن ذلك واخراجه ام لا بان يكون
اقوى منه لصدق التعريف عليه الى ان قال ولو كان غالبا
على المالك بحيث صار المالك منفعلا وكانه لا شيء بل هو
كالثوب المرمي هناك فلا يبعد كونه غاصبا للكل ايضا اذ ليس
بيده حقيقة ح ويحتمل عدم الضمان الا ما تصرف فيه من
النصف وغيره فقط والاحوط والاظهر الاول كما هو قول
شارح القواعد العينی فلک مما فيه وفي غيره مما لا يخلو بعضه
من نظر او منع وكان تبع كثير منهم في تحقق الموضوع
الموجب للضمان دون الحكم وعن بعضهم انه لا فرق في لزوم
النصف مع كون يدهما على الجميع بين تصرفه في تمام النصف
او اقل منه او اكثر منه لان المتصرف في جميع الدار مثلا انما
يحتمل الضمان عليهما كالجنايات فلو جنيا عليه ومات من
جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين وان كان احدهما قد جرحه
الف جرح والاخر جرحه جرحا واحدا كما قيل وقد يورد عليه
بوضوح الفرق بين المقام والجنايات لصدق انهما معا قتلاه

وان

وان تعددت جناية احدهما دون الاخر بخلاف المقام الذي تصرف
فيه لصدق الاستيلاء على الجميع وصدق اليد على كل واحد منهما فيضمن
الجميع من كانت يده يد ضمان دون الاخر اذ ليس يد كل واحد منهما
على النصف حتى يتحقق ضمانه به كما قيل وهو حسن لو ثبت ان مثل
ذلك موجب لضمان العين ولكن المانع له مستظهر كما يظهر مما تقدم
فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو كان الساكن مع المالك ضعيفا
والمالك قادر على اخراجه من الدار وعلى منعه من الدخول فيها
ولكن لم يمنعه من ذلك فلم يأذن له فيه فقد صرح كثير منهم بعدم
ضمانه للعين بل لا نعرف فيه خلافا الا لاحتمال ولعدم صدق الغصب
عليه وعدم ثبوت يده على العين والتصرف فيها اعم من ذلك ولكن قد
شذ بعض من تأخر حيث صار الى الضمان من حيث اليد وهو قال الشهيد
بانه ضامن للمنفعة وفي كونه غاصبا وجهان من عدم كونه قاهرا
للمالك ومن كونه قد سكن فيها بغير حق وضعف الثاني ظاهر كقوة الاول
كما يظهر مما تقدم فتدبر والله اعلم ولو كان الغاصب ضعيفا والمالك غائبا
فقد صرح كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بضمانه بل ظاهرهم انه من
المسلمات شرعا لانه متسلط عليها فعلا وقدرة المالك على اخراجه
بعد الاطلاع عليه غير رافعة لسلطنته الفعلية وقد يورد عليه

[illegible]

كما في الجواهر

والى عدم ضمانه فيه الغصب ... للعين ح

بانّ مسئلة آت في المالك الحاضر القوي لوضوح عدم الفرق في سكناه
مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته وكذا سكناه في دار
المالك القوي الى ليلة التي صرّح الفاضل في التحرير بضمانه اذ القهرية
منتفية على كل حال كما انّ الاستيلاء حاصل على كل حال ولا يراد
بالاخذ المستفاد من قوله على اليد ما اخذت الا يدين بهذا
بل الظاهر عدم اعتبار قصد الغصبية فيه وقد يدفع بمنع جريان
نحو ذلك في الحاضر القوي لوضوح عدم صدق اليد العدوانية عليه
خصوصا مع عدم معروفية الخلاف فيه بل ظاهرهم الاجماع عليه
وفي التحرير ولو سكن الضعيف مع مقاومته المالك معه لم يضمن
ولو كان المالك خارجا عن الدار ضمن الضعيف ولو دخل ارض
انسان او داره والمالك غائب ضمن سواء قصد ذلك او ظن
انه داره او دار من اذن له في الدخول اليها على اشكال اقربه
عدم الضمان الا مع قصد الاستيلاء ليتحقق معنى الغصب فيه
الذي هو الاستيلاء باثبات اليد عليه من دون اذن المالك وهو كالنص
في موافقة المشهور وليس في كلامهم اصلا بل ولا مختصا بشيء لم
يقولوا به فلاحظ وتامل والله اعلم تتميم لو سكن الضعيف مع المالك
القوي [illegible] انه ضامن للمنفعة وفي كونه غاصبا الوجهان
وكذا لو رفع شيئا من بين يدي مالكه ككتاب ونحوه فان قصد
الغصب فهو غاصب وان قصد النظر اليه ففي كونه غاصبا
الوجهان المذكوران في تفسير الغصب وربما قيل بانه يحكى

كون

كون الوجهين من جهة الشك في كون المراد من الاخذ في النبوي هو
الاستيلاء بالشيء كما هو كذلك او الاعم منه ومما يشمل الاخذ للنظر
ونحوه الظاهر الثاني بل لعله الموافق لكلمات الاصحاب في غير
المقام التي لا تخلو من تشويش نشأ من اطناب الشافعية في تنقيح
افراد الغصب عرفا ولعله لانه من حيث كون الغصب سببا للضمان
عندهم هو واما نحن ففي عموم اليد الاعم عندنا منه ومساواته له في كيفية الضمان
بالآفة السماوية وغيرها وان كان الغصب الاخص سببا للضمان لقوله كل
مغصوب مردود كما قيل وقد يستبعد عليه بان هذا الخبر انما يدل على
مجرد وجوب الرد ولا دلالة فيه على الضمان لا لغة ولا عرفا فلو فرض
صدقه مع عدم صدق عموم اليد فلا يبعد عدم الضمان للاصل
السالم عن المعارض كما ان المتبادر من الاخذ في الخبر النبوي انما هو المعنى
الاول المعبر عنه بالسلطنة الفعلية على المال كما يظهر مما مر فلاحظ وتدبر
والله اعلم قال ره وكذا لو مد بمقود دابة فقادها
ضمن ولا يضمن لو كان صاحبها راكبا لها
اقول اما الاول فلا ريب فيه ولا فيما اذا ساقها بغير مقود
لعموم اليد التي لا ريب في صدقها على ذلك لغة وعرفا ولا فرق بينه
في ذلك بين حضور المالك وعدم ثبوت يده عليها وبين غيبته عنها
لاتحاد المناط فيهما واما الثاني فهو منسوب الى الاكثر كالمبسوط وغيره
للاصل ولان يده لم تزل يد المالك عنها بعد ركوبه عليها ولم

يثبت يد للقائد لها عليها حال ركوب مالكها عليها كما قيل وقد
يورد عليه بان اجتماع اليدين عليها يقتضي بتنصيفها عليهما على
نحو ما ذكره كثير منهم فيمن سكن الدار مع مالكها كما سبق بل قيل بانه
لا فرق بينهما اصلا كما هو ظاهر النافع وشرح الارشاد ونحوهما
فينبغي ان يضمن القائد النصف ايضا على نحو ما ذكره كثير منهم
فيما لو تنازع راكب الدابة وقائدها في ملكيتها ودعوى انه لا يد
للقائد هنا وليس المقام من اجتماع اليدين بل اليد للراكب عليها
فقط يدفعها عدم مساعدة العرف عليه بل لعله مساعد على خلافه
نعم قد يمنع عدم الفرق بين القائد مع ركوب المالك وبين الساكن
مع المالك فان القائد لا استيلاء له مع المالك الراكب على الدابة
لا على نحو ما للساكن مع لان الراكب اخص بها يدا واكثر بها تصرفا
ولهذا الحكم له بها عند التنازع كما هو صريح البعض نعم قد يشكل
على ما عن الخلاف والسرائر وعن الثانيين وغيرهما من جريان
حكم التنصيف بينهما بل قد يقال هنا بقوة يد القائد بحيث ترتفع
يد الراكب لانه قد قاده بخلافه بالتنازع بينهما فانه قابض
لها فقط كما قيل وقد يدفع بعدم التلازم بين المقامين فقد
يكون التنصيف هناك لاجتماع اليدين عليها بمعنى ان كل واحد
منهما يحكم له بها لو انفرد عن الاخر بها فلما اجتمعا قسمت بينهما لعدم
امكان تملك كل واحد منهما لجميعها او يكون التنصيف هناك
للقطع بانها واقعا لاحدهما ولا معين له فتقسم بينهما على نحو
الدرهم

الدرهم المردد بين اثنين مثلا وكل من الوجهين غير موجود هنا
اذ مثل هذه اليد لا توجب الضمان وانما توجب اليد الضمان اذا
كانت حقيقية لا شائبة كما نظهر مما مر في ساكن الدار مع المالك
فلاحظ وتامل والله اعلم **تنبيه** قد ذكر كثير منهم ان القائد يضمن
الدابة اذا كان الراكب ضعيفا عاجزا عن مقاومة القائد وانما
كان ركوبه بنظر القائد لصدق علو اليد على القائد في الحال
قطعا فيضمن ح اجمع وكان ذلك مراد الشيخ والمصنف قدهما
والا فهو غير محكم فتدبر جيدا والله اعلم ولو اتفق تلفها بفعله
لها فلا خلاف ولا اشكال في ضمانها كما اعترف به بعضهم من غير فرق
بين قدرة الراكب على دفعه وعدمها لقاعدة من اتلف ونحوها
واما منفعتها التي فاتت على المالك بقوده لها فالظاهر
ضمانه لها ايضا كما في نظائره من حبس الدابة ونحوه ولو شردت
الدابة بسوقه او قيده فوقعت في بئر مثلا فتلفت او تعيبت ضمنها ايضا
لانه المتلف لها عرفا فتدبر جيدا والله اعلم **قال رحمه الله وغصب**
الامة الحامل غصب لولدها لثبوت يده عليها
وكذا يضمن حمل الامة المبتاعة بالبيع الفاسد
اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا في ضمانها من القاعدة المذكورة
لا ريب في تحمله لهما معا من غير فرق بين علمه بالحمل وجهله به ولا
بين قصده لهما معا او لاحدهما ولو سقطت حملها ضمن ما نقص

منها عند اهل الخبرة كسائر العيوب الحادثة فيها عنده ولو اتفق
زيادة قيمتها بسقوطه او عدم نقص به ففي ثبوت شيء عليه
من جهة نقص الحمل تأمّل الا ان يكون له مقدر شرعي فيتعين الحمل
به على نحو الوضع العبد مثلا هذا وفي المسالك وغيرها انه ان
اسقطت الحمل وبقيت الامة لزمه تفاوت ما بين قيمتها حاملا
وحائلا وان تلفت بعد الوضع الزم بالاكثر من قيمة الولد و
قيمتها حاملا ان اعتبر الاكثر والا فبقيمته يوم التلف

تلف

في التحرير انه لو غصب الامة الحامل كان غاصبا للحمل فلو تلف الحمل
الزم بقيمته بان تقوم الامة حاملا وغير حامل ويلزم بالتفاوت
ولو تلف بعد الوضع الزم بالاكثر من قيمته وقيمة الوالدة
الى يوم التلف والمرجع الى القيمة يوم التلف الذي هو زمان
الانتقال اليها اذ قبله مامور برد العين فان كانت صحيحة فلا
شيء عليه وان كانت معيبة الزم بالارش كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم
واما الثاني فلا ريب فيه مع دخوله في البيع تبعا او مع الشرط
لقاعدة البيع الفاسد ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كما قيل واما
مع عدم دخوله في البيع ففي المسالك وغيرها كما عن القواعد والدروس
وجامع المقاصد والروضة وغيرها ان المتجه عدم ضمانه للاصل
ولانه مقبوض باذن المالك وليس داخلا في البيع كي يكون
مضمونا عليه بل هو محض امانة في يد المشتري قيل وقد يورد عليه
اولا بان الاذن المالك انما هو من جهة العقد الفاسد وحيث

كان

كان باطلا فلا اذن منه بذلك وثانيا انه لا اذن منه مع الجهل بالحمل
وثالثا انه لا دليل على ان كل ما دخل فيه من المالك لا ضمان فيه على من
هو في يده فلا يخرج عن قاعدة اليد الرافعة لحكم الاصل وهو قوي
الا ان الاعراض عنه مجهد حتى على مدعيها ولعله لذا اطلق المعرفة وغيره
ضمان الحمل في المقبوض بالعقد الفاسد وكذا البحث في حمل الدابة
المغصوبة او المقبوضة بالبيع الفاسد ونحوه لاتحاد المناط في
الجميع وكذا البحث في المقبوض بالسوم سواء كان الحمل داخلا في السوم
او لا وربما يفرق بينهما ايضا بنحو ما مر مع ما فيه ايضا فتدبر جيدا والله اعلم
تنبيه لو اخذ شيئا مما في مسجد او رباط او مدرسة على وجه
التغلب ومنع المستحق لذلك ففي الدروس ان الظاهر ضمانه العين
والمنفعة لتنزيله منزلة المال وقد يشكل ذلك بان هذه الامور غير
مملوكة عين المنفعة للناس وانما يملكون مجرد الانتفاع بها وذلك
غير ملك المنفعة وح فلا مالية فيها كي يتم ضمانها وان تحقق
الغصب في ذلك كله وعن بعض العامة انه يتحقق الغصب والاثم
بازالة من قعد في مسجد او موات او استحق سكنى بيت برباط
ويجب الرد في الاعيان الاختصاصية وفي المنافع الاختصاصية يتعلق
الاثم ولا ضمان في شيء من متعلقات الاختصاص قيل وهو جيد
فيما ليس هو مال كالمسجد اما ما كان ملكا للمسلمين اجمع
كالطرق ونحوها فلا باس بالقول بالضمان عينا ومنفعة كالمسجد

الموقوف او المخلوق مشترك كذلك ايضا ان قلنا بكونه ملكا للمسلمين
للمسلمين عينا ومنفعة وان كان هو ايضا لا يخلو من نظر لقوة احتمال
كونه كالتحرير في الخروج عن المالية كما قيل وعقد يده في اصل الاشكال
بتعليل الدروس الا انه عليل في نفسه اذ لا دليل على التشريك
مع تسليم عدم كونه مالا او عدم كونه مالا للغير كما يظهر مما مر
في نقض تعريف الغصب للدروس وغيره فلاحظ وتأمل والله اعلم

قال ره ولو تعاقبت الايدي الغاصبة على
المغصوب تخير المالك في الزام ايهم شاء
او الزام الجميع بدلا واحدا اقول لا خلاف في ذلك
ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لان يد كل واحد منهم سبب
للضمان ولا يستحق الجميع قطعا فيتخير بين الوجهين المزبورين
وغيرهما كان يضمن اثنين منهم مثلا بدلا واحدا على التسوية
او على التفاوت فيما بينهم ودعوى انه لا يطالب الا من تلف
المغصوب في يده لانه هو الذي استقلت ذمته بالبدل دون
غيره فيه ان ذلك مع تسليمه في نفسه كما هو ظاهرهم او
صريحهم وكما هو مقتضى الاصل غير مناف لجواز مطالبة الجميع
المجمع عليه فيما بينهم صريحا كما عن مجمع البرهان وغيره او ظاهرا كما
في كثير من العبارات كما لا يخفى على من تتبع كلماتهم مع قوله تعالى
من اعتدى عليكم فاعتدوا عليهم بمثل ما اعتدى وجزاء

سيئة

سيئة سيئة مثلها والحرمات قصاص وان عاقبتم ونحو ذلك
من الايات والنصوص كقوله ع كل مغصوب مردود وكما قيل
وعلى اليد ونحو ذلك وكذا البحث في تعاقب ايدي البايعين
على المبيع بالبيع الفاسد او المقبوض بالسوم او المختلفين
في ذلك من غير فرق بين علمهم بالحال او تذكرهم او نسيانهم او
جهلهم به واختلافهم في ذلك ومن غير فرق بين كون يد البعض
يد ضمان او يد امانة ظاهرا بل نسب ذلك كله الى الاصحاب
لاتحاد المناط في الجميع وعدم اثم الجاهل ونحوه غير مناف لعدم
ضمانه كما في نظائره من الاتلاف ناسيا او جاهلا ولكن في مجمع
البرهان انا لا نجد دليل الضمان على الجاهل مع كون يده يد
امانة فان كلية كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامنا له
مع كونه جاهلا غير ثابتة وعلى اليد ما اخذت غير ظاهر الصحة
مع عدم التصريح به والذي يجده العقل انما هو ضمان العالم به
فقط لو لم يكن خلاف اجماع للاصل ولان الجاهل معذور مخاطب
بالمنع القبيح الذي هو موجب للضمان وقد يورد عليه بان هذا الخبر
من المشهور الذي تلقته الامة بالقبول فهو اقوى من الصحيح بالمعنى
المشهور قطعا ودلالته ظاهرة ولا يعتبر القراءة في الحجية كما في سائر
الادلة الشرعية وبان الغصب من حيث هو غصب لم يثبت كونه سببا
للضمان مع عدم اندراجه في قاعدة اليد كما يظهر مما مر وغيره

ودعوى الإجماع على ذلك عهدتها على مدعيها نعم قد يمنع الإجماع
هنا لظهور المخالفة من نحو المحقق المعتبر للأيدي بالغاصبة
أو بالغاصبة العادية وقد يدفع بأنه إن بقي على ظاهره
اقتضى عدم ضمان غير الغاصب مطلقا وإن كانت يده
يد ضمان كبيع فاسد ونحوه وإن أريد منه [illegible]
مطلق القابض بغير حق وافقنا كما هو أحد معنيي الغصب
شمل محل البحث أيضا وإن أريد منه خصوص الأيدي
الغاصبة فليس نعتبر للغصب عندهم ولا شاهد على إرادته
منه هنا أصلا فتدبر جيدا والله أعلم وأما عن السادس
من أن الحكم في البيت بأن الغاصب جاهل
بالحال إنما يضمن المنفعة فقط بل هذه تأمل في فمنها
أيضا فالمراد منه أنه لا يستقر الضمان للغير عليه لأنه إن
أخذ المالك منه عوض العين رجع على الآمر فلا دلالة
فيه صريحا على عدم جواز الرجوع عليه ابتداء كما هو محل البحث
فلاحظ ولا تغفل والله أعلم تنبيه قد صرح كثير منهم من غير
خلاف فيه نعرفه بأن قضية الضمان إنما هو على من كان في
يده إلا أنه إذا كان مغرورا كان له الرجوع بما
اغترمه للمالك على من غره فظاهرهم الاتفاق على ذلك
حيث أرسلوه إرسال المسلمات وحينئذ فإن رجع المالك
على من استقر عليه الضمان لم يرجع على غيره للأصل ولعدم ثبوت
حق

التلف من

[illegible]

حق له عليه وإن رجع على غيره كان له الرجوع على من استقر
عليه الضمان لأن الراجع قد جعله في ذمته من دين المالك
عوضا عما أخذه منه المالك قيل أو لأن ما قبضه منه المالك
بدون شغل ذمته يكون دينا على المالك فيأخذه في ذمة من
استقر عليه الضمان من باب المعاوضة فتبرأ ذمة المالك عما
أخذه منه أو أن ذلك تعبد شرعي لا نعرف وجهه بحيث
نتمكن من تطبيقه على القواعد التي بين أيدينا نعم فهو الذي يحكى
أن تعاقب الأيدي العادية على العين يوجب تضمين كل واحد
منهم وقرار الضمان على من تلفت في يده فيرجع غيره عليه
لو رجع عليه ولو كان بينهم يد غير عادية فقرار الضمان
على الغار وللمالك إلزام الجميع ببدل واحد وكان مراده كون
المغرور خصوص من عنده التلف على نحو ما سبق عن غيره بل هو مراد
الجميع قطعا ولكن قد يورد عليها بأنه لو كانت اليد الأولى عادية
غارة والثانية مغرورة والثالثة عادية لعلمه بالغصب مثلا
وكان التلف عنده فالشرح لو رجع المالك على الثانية المغرورة
لم يكن قرار الضمان على الغار الأول ما لم نتمم تقييد ذلك
بما إذا كان التلف بيد المغرور لا مطلقا فمثل الفرض الذي
لم يكن التلف بيده أو يقال باختصاص قاعدة الغرور بما إذا
كان التلف في يده فحينئذ يتجه في المثال المذكور رجوع المغرور على

[illegible]

من تلف المال في يده خاصة دون الاول بخلافه على الآتي
فان المتجه فيه التخيير بين الرجوع على الغار وان رجع هو على
من تلف المال في يده وبين الرجوع على من تلف المال في يده
ابتداء جمعا بين القاعدتين لعدم تنافيهما كما قيل لأن المستفاد
من ادلة قاعدة الغرور انما هو رجوع المغرور بالخسارة
المستقرة على الغار فلا تشمل المغرور في المثال المزبور بل
تختص بما لو كان التلف في يد المغرور فانه لولا كونه مغرورا
لاختص بالخسارة المزبورة منها بخلاف المغرور في المثال
المزبور فانه لو اخذ منه المالك العوض يرجع به على من تلف
في يده كما في غيره ايضا فتدبر جيدا والله اعلم ولو اجتمعت
الايدي الغاصبة بحيث لم تستقل عليه يد واحد منهم فعلا
اصلا اشتركوا في الضمان وليس للمالك مطالبة بعضهم
بتمام العوض قطعا للاصل مع عدم وجود سبب منه يقتضي
ذلك مع ظهور ادلة الاعتداء ونحوها فلاحظ وتأمل والله اعلم

قال ره والحر لا يضمن بالغصب ولو كان
صغيرا ولو اصابه حرق او غرق او
موت في يد الغاصب من غير تسبيبه
لم يضمنه وقال في كتاب الجراح يضمنه
الغاصب اذا كان صغيرا وتلف بسبب

كلدغ

كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط
اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال في الجملة بل الاجماع
بقسميه عليه للاصل ولعدم كونه مالا فلا يتحقق فيه الغصب
لا عرفا ولا لغة كما قيل ولكن ظاهر المتن ونحوه تحقق الغصب
فيه الا انه لا يوجب الضمان لا للعين ولا للمنفعة للاصل
لانتفاء المالية فيهما معا عندهم وربما يظهر وجود الخلاف
فيه من كثير من العبارات لنقل القول ونحوه الا انه مع تسليمه في
نفسه غير محله كما اعترف به كثير منهم بل عن المهذب والمقتصر و
غيرهما كما في الكفاية ان الاصحاب على خلاف القول المرسل
وفي التنقيح ان ما في النافع من حكاية قول بالضمان لا تخلو
من مسامحة فانه لو تلف الصغير لا بسببه فاما ان يموت موتا
طبيعيا فهو غير مضمون عليه قولا واحدا او يموت بسبب
خارجي مما شانه ان يحفظ فحصل بجنايته عليه لا على الغاصب فان
لم يكن مما شانه الضمان كالحية والسبع فللشيخ قولان في
احدهما عدم الضمان لان الحر ليس بمال فلا يضمن الا بالمباشرة
كما تقرر في محله وانتفاء العلة المؤثرة يوجب انتفاء المعلول
مع اعتضاده باصالة البراءة وثانيهما الضمان لانه فعل سبب
الاتلاف بحيث لا يمكن للصغير الاحتراز عن المؤذي كما هو المفروض
فيكون ضامنا كمن حفر بئرا فيقع فيها البعير وهذا اختيار العلامة

في تحقق الغصب في الحر وعدمه

الغزل [illegible] متن البئر الغير لا البعير

في المنع والقواعد وتردد الشيخ في الخلاف ثم قال لو قلنا بانه
كان قويا للاحتياط في حفظ الدماء وعصمة النفوس كما قيل
وفيه ان ذلك مجرد استبعاد لا يخرج به عن الاصل كالاحتياط
في امثال ذلك وربما علل بان الغاصب سبب للاتلاف
لان الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه و
عروضها اكثري فمن ثم رجح السببية كما قيل وفيه ان
مثل هذا التسبيب لم يثبت كونه مضمنا شرعا وفي الرياض
انه لو لم يتلف بسبب الغاصب كالجناية على نفسه
او طرفه مباشرة او تسبيبا لم يضمن اجماعا ثم ان عدم الضمان
في غير هذه الصورة اجماعي في الكبير مطلقا وفي الصغير اذا
كان تلفه بالموت الطبيعي من قبل الله تعالى كما في الروضة و
التنقيح ولو كان تلفه لا من قبل الله تعالى ولا من الغاصب
كالموت بالبلية باقتراس السبع ولدغ الحية ونحو ذلك
فقولان للمبسوط نعم لا خلاف الاصل وعدم صدق الغصب
عليه عرفا ومن انه سبب الاتلاف فان الصغير لا يستطيع دفع
المهلكات عن نفسه [illegible] من استطار صغيرا
فيجب ضمنه فانه اذا ثبت ذلك في العاريه ففي الغصب
بطريق اولى انتهى وما قيل من ان نفي الضمان في مثل ذلك
يفضي الى الحيلة في قتل النفس بان يحبسه ويدعه في مسبعة و
مضيعة ولان الضمان يناسب عدوانه وفعله الشنيع

في الجزء [illegible] عن الصادق عن امير المؤمنين [illegible] قال من

الى غير ذلك الا ان المانع للجميع مستظهر خصوصا مع عدم ثبوت الخبر
المزبور بطريق معتبر بل هو معلوم الضعف مع عدم القائل
باطلاقه في موضعه كما في الرياض وغيره هذا مع اشتهار عدم الضمان
كما في المسالك وغيرها مع مخالفته لمن جعل الله تعالى الرشد في خلافه
حيث صار الى الضمان كما ذكره كثير منهم فلاحظ وتامل والله اعلم
ويلحق بالصغير المجنون الكبير والعاقل المسلوب القدرة على
التحفظ كما ذكره كثير منهم لاتحاد المناط في الجميع كما قيل ولكن
المانع لم يستظهر خصوصا بعد ما في الرياض من ان الاكثر خصوا
الحكم بالصغير فلا يمكن الاستدلال لهم بنحو ذلك الا اذا كان
سببا عادة في التلف بحيث يكون مفرطا في حفظه ومهملا
لرعايته وقلنا بان مثل هذا التسبيب موجب للضمان فان الجميع
مشترك في ذلك ظاهرا وربما يرجع النزاع الى كونه سببا
في الاتلاف عرفا ام لا وعلى الاول فيرجع النزاع الى ثبوت
الضمان بكل سبب عرفي او باسباب خاصة فتدبر جيدا والله اعلم
قال ره ولو استخدم الحر لزمه الاجرة ولو
حبس صانعا لم يضمن اجرته ما لم ينتفع به
لان منافعه في قبضته اقول اما الاول فلا
خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لان خدمته عمل

محترم يقابل بالمال فلا يحل بدون طيب نفسه كما في سائر امواله
ولو كانت الخدمة لا تقابل بالاجرة عادة فلا ضمان على
المستخدم للاصل مع احتمال لزوم دفع عوض لا يتقوم الخ
عادة لانه الاعتداء ونحوه فتدبر جيدا والله اعلم واما الثاني
فهو المعروف من مذهب الاصحاب وتعبير الفاضل ره في
التذكرة بانه الاقوى غير ظاهر في وجود الخلاف فيه وان اشعر
باحتماله كما هو قول بعض العامة الذي جعل الله تعالى الرشد في خلافهم
ولكن قد مال اليه المقدس وكثير ممن تأخر عنه مطلقا او اذا
لم يكن عليه اجماع تمسكا بنفي الضرر والضرار وبنفي الظلم و
العدوان وعموم قوله تعالى فمن اعتدى عليكم ونحوه من الآيات
الآتية ونحوها كما قيل وضعف الكل ظاهر كما اعترف به كثير
من الاواخر ره فلا محيص عن الاصول النافية للضمان بعد
عدم دخوله تحت اليد لا اصالة ولا تبعا ولا ملزم له في المعصية
والاثم ترتب الضمان نعم وقد يفرق بين ما اذا كان الحبس
سببا في الفوات كما لو كان المحبوس لولا الحبس لاكتسب في
المدة وبين غيره مما ليس سببا فيه اصلا بحيث لولا الحبس لما اكتسب
في تلك المدة فلا وان كان ان يمكن الاكتساب باستعداده بل قد تنزل
عبارات الاصحاب النافية للضمان على الثاني خاصة ويكون الاول
مضمونا عند الجميع كما قيل وتعليلهم بالمنافع غير مناف لذلك
لان ذلك اعم من ذلك فقد يكون المحبوس صانعا ولولا الحبس

لما اكت

لما اكتسب في مدته وقد يكون لولا الحبس لاكتسب وحصل في تلك المدة كما
في محله الوجدان ولكن حمل كلمات الاصحاب على خصوص
الاول دون الثاني كانه من الرجم بالغيب بل عبارات الاصحاب
وتعليلاتهم كالصريحة في ارادة الاعم من الامرين كما لا يخفى على
المتتبع لها في المطولات والمختصرات فلاحظ وتأمل والله اعلم

**قال قده لو استاجر للحمل فاعتقله فلم
يستعمله فيه تردد الاقرب ان الاجرة لا
تستقر لمثل ما قلناه وكذلك لو استاجر
دابة فحبسها بقدر الانتفاع** اقول اما الاولى
فمنشأ التردد فيه من ان منافع الحر لا تفوت الا بالتفويت
والاستيفاء لعدم دخول الحر تحت اليد اذ ليس هو مالا والمفروض عدم
حصول التفويت والاستيفاء منه مع اصالة بقاء العمل في ذمته
مع عدم الدليل على كون حبسه كافيا في استقرار الاجرة على الحابس
ومن وجوب الاجرة بنفس العقد على المنفعة التي كان مالكها
فضاعت من جهة الاجير فتستقر في ذمته كما لو قدرها بزمان معين
فحبسه حتى انقضى ذلك الزمان فانه لا اشكال في استقرار الاجرة
عليه بذلك فليكن هنا كذلك كما قيل وقد يدعى ظهور الفرق بين
العمل المطلق وبين المقدر بالزمان فان الاول لا يختص بمدة

المدة التي حبس فيها وان امكن استيفائه فيها وانما هو ثابت في
الذمة وضمانه امر كلي غير متشخص بوقت اصلا والاصل
بقائه في الذمة الى ان يستوفى ومنافع تلك المدة غير داخلة
تحت يد الغاصب ولا مملوكة له حتى يقال بانه تسلمها لعدم
دخول منافع الحر تحت اليد بخلاف الزمان المعين فان منفعته
منفعته تفوت بتفويته فكان متسلما له ومنها افتى به
في المسالك وغيرها وربما يقال بان اجارة الحر لنفسه ان كانت
تمليكا للمنفعة للمستاجر فقد استوفاها الحابس بحبسه له
واستقرت الاجرة عليه وان كانت التزاما للعمل في ذمة الاجير
فلم يستوفه الحابس ولم تستقر الاجرة عليه كما قيل وقد يمنع
بعدم التلازم بين الامرين على الوجهين ايضا اذ الوجه +
الاول بل الوجه الثاني ان لم يرجع اليه فان العمل في الذمة
دين على الاجير يقابل بالمال فهو مملوك وليس تكليفا محضا
قطعا وقد حكم الفقهاء وغيره انه لا يلزم من تملك المنافع
استقرار الاجرة بالحبس في المدة المذكورة لان العقد المملك
اذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضي المدة المزبورة
بل لا يثبت الا بعد استيفاء العمل والمفروض عدمه واما ما عن الشهيد
من ان الاستقرار من جهة ان المنافع قد ملكها المستاجر بالعقد
وتلفها مستند الى فعله على نحو ما ذكروه من استقرار الاجرة
على قلع الضرس على كلامه برئه بمضي مدة يمكن فيها قلعه
وارادة

٢ عدمه ص

وارادة الاجير وبذل نفسه له الا ان المستاجر قد اخره الى ان
برئ ضرسه ويقدر قلعه شرعا فقد يمنع بمنع ان تلفها
مستند اليه وانما تم ذلك في المدة المعينة كما اعترف كثير
منهم بل ظاهرهم او صريحهم دعوى الاجماع عليه ومثل قلع
الضرس فان مدته معينة عرفا ايضا والا فالمتجه منع الحكم
فيه ايضا ونحوه في الحبس مقام تسليم العمل فتستقر الاجرة
به كما لو عمل له تماما ان ثبت عليها ان لم يكن على عدمها فيه جيدا
والله اعلم واما الثاني فلا خلاف فيه ولا اشكال مع تعيين الزمان
للانتفاع الذي وقع عليه العقد لانه قد اتلف حقه و
استقرت عليه الاجرة واما مع عدم تعيين الزمان ففي استقرارها
اشكال وبحث الظاهر الان تم عليه تقييدا وانه خلاف المجمع
عليه القواعد الشرعية وكذا العبد والجارية لان الجميع [illegible]
واحد وكون المنافع مملوكة لمالك العين وكذا غصبها وضمان
وح فلو كان مستاجر للنقل متاع على عبده او دابته فحبس
المستاجر مدة يمكن نقله فيها فانها مضمونة عليه وتستقر
عليه الاجرة ويحصل به الوفاء الى المستاجر عليه كما نص عليه كثير
منهم بل في الكفاية الظاهر انه لا خلاف فيه لانه مشغول عرفا او يلزم
بحصول التسليم ترتبها في الحال كما قيل ولكن قد يقال بان عليه اجرة المثل
لقاعدة اليد ونحوها مع بقاء استحقاقه لنقل المتاع لاجالة

٢ اجماع ص

البقاء في ذمته وليس هما من جنس واحد او صنف واحد كمن عليه
درهم لزيد وصار له على زيد درهم بخلاف المقام الذي لا اتحاد
فيه بجنس القبض مع ان الاتحاد في جنس المنفعة فان مجرد ذلك
غير قاض بالتهاتر القهري نعم لو اتفق اتحاد المنفعتين من كل وجه
امكن جريان التهاتر الا انه خارج عن محل البحث مع انه غير متحقق
به كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم نعم ان عوض المنافع المغصوبة
انما هو اجرة المثل عندهم لا منافع اخر مثلها ودعوى انها اقرب
من اجرة المثل فتتقدم عليها في الضمان تدفعها مع منع اقربيتها للنص
والفتوى الناطقين بان المنافع انما تضمن باجرة المثل لا بمنافع
اخر مساوية لها انه لا شاهد على الاقربية المزبورة على وجه يكون
الضمان به دون اجرة المثل بل لعل الشواهد على عدمها متحققة
جيدا والله اعلم قال ره ولا يضمن الخمر اذا غصبت
من مسلم ولو غصبها الكافر ويضمن اذا غصبت
من ذمي مستتر بها ولو غصبها المسلم اقول
اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال للاصل ولعدم كونها مالا
مطلقا ولو كانت متخذة للتخليل فان مجرد ذلك لا يصيرها
مالا فلا يتحقق فيها الضمان لان ظاهر قاعدة اليد ونحوها
اختصاصها بالاموال بل في الخلاف انه لا خلاف فيه بين المسلمين
بل في التذكرة الاجماع عليه وكذا عن الكاتب انه يحكم له
بقيمتها خلا لان له حق اليد فكان عليه الضمان لاتلاف حقه

ولذلك

ولا يصح الضمان بالمثل فيضمن بالقيمة ويجب الخل لانه اقرب الى المالية
وفيه ما لا يخفى اذ انه لا يخلو من تناف لان جعلها ذات قيمة يقتضي اعتبار
القيمة كيف كان فلا وجه للانتقال الى خصوص الخل وان كان اقرب
ولا يفتقر الى رد قيمتها الى المستحل لان خمر التخليل لها قيمة
عند المسلمين ايضا وقد يورد عليها بانه ح تكون مالا عندهم ايضا
فلا وجه لما سبق منه من انه لو غصب الخمر المتخذة للتخليل من
المسلم وجب ردها عليه مع بقاء عينها ولو تخللت ردها عليه
خلا لانها مملوكة على هذا الوجه فلا يزول ملكه عنها بانتقالها الى
الى الصفة المحللة بل يتاكد وان تلفت عينها عند الغاصب
فان كان بعد التخليل لزمه مثله خلا وان كان قبله اثم وسقط
عنه الضمان في المشهور لان حق الامساك بالتخليل لا يوجب
الضمان انتهى وفي المختلف ان حق الامساك بالتخليل وفكاك لا يوجب
الضمان ونحوه في الغنية والمحقق الثاني وغيرهما هذا ولا وجه
التزام ضمانها بمثلها لانها من المثليات فترد اليه خمرا متخذة
للتخليل ايضا كما هو ظاهر المفاتيح ودعوى انه لو اتلف خمرا غيره
فلا ضمان عليه عند الجميع على الظاهر وهو المتيقن من معاقد
الاجماعات على عدم ضمانها ان لم تكن ظاهرة فيه لعدم كونها
مالا عند كافة المسلمين بعد عدم الانتفاع اصلا ولكن من

المعروفة انها مملوكة ومال للاحالة بقائها على حالها قبل الخمرية
مع عدم اثبات ما يخرجها عنه بمجرد ذلك كما قيل وضعفه ظاهر
اذ مدار المالية على وجود المنافع المحللة في الاعيان فتكون
دائرة مداره وجودا وعدما كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم
واما الثاني فلا خلاف فيه لانها ان لم تكن مالا حقيقة عندهم
فلا ريب في انها بحكمه بمقتضى دليل اقرارهم على مذاهبهم
بل في الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة واخبارهم بل لعل ظاهر
والسرائر والتذكرة الاجماع عليه ايضا خلافا لك فمنع حيث نفى
الضمان على من اتلف الخمر التي لم تظهر للاصل ولانها ليست مالا
حقيقة ولم يثبت كونها في حكمه في جميع الاحكام ودليل الاقرار
لم يعلم شموله لنحو ذلك كما قيل وضعفه ظاهر وعلى الاول فان
كان المتلف لها مسلما الزم بالقيمة قولا واحدا لتعذر الزامه
بالمثل شرعا وان كان المتلف لها كافرا ففي المسالك احتمال الزامه
بالمثل او القيمة وجهين من انه مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن
بمثله اذ لا مانع منه هنا ومن انه يمتنع في شرع الاسلام الحكم بثبوت
الخمر في ذمة احد وان كنا لا نعترضهم اذا لم يتظاهروا بها
فامتنع الحكم بالمثل لذلك فوجب الانتقال الى القيمة كما لو تعذر
المثل في المثلي والقولان لابن البراج والاجود ثبوت القيمة
ان ترافعوا الينا ولا يلزم منهم التظاهر بها لان المانع التظاهر
بشربها والمعاملة عليها لا مطلق البحث عنها حيث يبطل حق
اللازم على حسب اقرارهم عليها وانما امتنع الحكم عليهم بالمثل لمنافاته

لشرع

لشرع الاسلام وان كان ذلك لا يخلو من نظر انتهى وقد يورد عليه
بانه ان لم يلاحظ دليل الاقرار امتنع الحكم بها مثلا وقيمة لانه
حكم بغير ما انزل الله تعالى وان لوحظ دليل الاقرار فمقتضاه لزوم
المثل لانها من المثليات ودعوى ان ذلك مستلزم للتظاهر بها
الممنوع منه بمقتضى دليل الاقرار ايضا فيتجه الزامهم بالقيمة
واضحة المنع فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الله وكذا الخنزير

وتضمن الخمر بالقيمة عند المستحل ولو كان
المتلف ذميا على ذمي وفي هذا تردد

الا بالمثل ص

اقول اما في ثبوت الخنزير للخمر في الضمان وعدمه فلا خلاف فيه
ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لاتحاد المناط فيهما معا
كما هو واضح ولعل ضمان الخمر بالقيمة مطلقا فقد صار اليه كثير
منهم بل نسب الى المشهور بل عن الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة و
اخبارهم لتعذر الحكم بالمثل شرعا فينتقل الى القيمة ولاستلزام
الحكم بالمثل التظاهر بها فلا تبقى لها حرمة اصلا لاشتراط اقرارهم
بالتستر بها فمتى حكم لهم بها ظاهرا زال احترامها ودعوى
انه لا يلزم من الحكم باستحقاق الذمي المثل اظهاره كي يدفعها
ان الحكم به ظاهر في ذلك خصوصا اذا انجر الى الاظهار عند الشرع
في الاداء فيجب حينئذ دركه قيل وفيه ان مثل ذلك جار في الحكم
بالقيمة ايضا بعد ظهور الخمر لانه قد اتلف خمرا وانكاره في غير محله
ولعله لذا تردد المصنف وغيره في تعين القيمة على المتلف الذمي بل

التظاهر

مقتضاه انما هو العمل بلزوم المثل لانه هو الاصل في المثليات
وهو صريح الفاضل في احد قوليه ولا يخلو من قوة لولا الاجماعات
الكثيرة والشهرة العظيمة على تحقق القيمة على الذمي ولو كان
المتلف له مسلما تعينت عليه القيمة قولا واحدا لعدم اشتغال
ذمته بالمثل عند الجميع نعم في الخلاف عن بعض العامة انه
لو اسلم المتلف وكان ذميا قبل ان يؤخذ منه مثل الخمر سقط
عن ذمته وان اسلم قبل ان يؤخذ منه قيمة الخنزير لم يسقط
عن ذمته باسلامه وعندنا يضمن بالقيمة الخمر والخنزير وقيمتهما
عند مستحليها بدليل اخبارنا واجماع الفرقة على ذلك وقد
يقال بانه ينتقل الى القيمة باسلامه لتعذر التسليم حينئذ والله العالم

قال ره وهنا اسباب اخر يجب معها
الضمان الاول مباشرة الاتلاف سواء
كان المتلف عينا كقتل الحيوان المملوك
وتخريق الثوب او منفعة كسكنى الدار
وركوب الدابة وان لم يكن هناك
غصب اقول لا خلاف في ذلك ولا اشكال بل الاجماع
بقسميه عليه بل لعله من الضروريات مطلقا او في الجملة وقد يستدل
عليه مع ذلك بآيات الاعتداء والقصاص والى قبح التصرف في
المحرمات ونحوها بناء على ارادة الضمان او ما هو اعم منه منها
كما فهمه منها الاصحاب وغيرهم وبالقاعدة المشهورة بل

المجمع

المجمع عليها من اتلف مال غيره فهو له ضامن ولعله من النبويات
المشهورة فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره الثاني التسبيب
وهو كل فعل يحصل التلف بسببه كحفر البئر
في غير الملك وكطرح المعاثر في المسالك
لكن اذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر
في الضمان على ذي السبب كمن حفر بئرا
في ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها
انسانا فضمان ما يجنيه الدافع على الدافع
اقول لا نعرف خلافا في كون السبب مضمنا في الجملة بل الاجماع بقسميه
عليه كذلك وقد روى السكوني عن ابي عبد الله ع انه قال قال
رسول الله ص من اخرج ميزابا او كنيفا او اوتد وتدا او اوثق دابة
او حفر شيئا في طريق المسلمين فاصاب شيئا فعطب فهو له ضامن
وقال الحلبي سألته ع عن الشيء يوضع على الطريق فتمر به الدابة
فتنفر بصاحبها فتعقره فقال ع كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه
ضامن لما يصيبه وقال ابو الصباح الكناني قال ابو عبد الله ع من اضر
بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن وقال زرارة قلت له ع
رجل حفر بئرا في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها فقال ع
عليه الضمان لان كل من حفر بئرا في غير ملكه كان عليه الضمان وقال سماعة

شيء خ

فقال ع

سئلت اباعبد الله ع عن الرجل يحفر البئر في داره او ملكه
ما كان حفر في داره او ملكه فليس عليه ضمان وما حفر في
الطريق او في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيه وقال زرارة
قال ابو عبد الله ع لو ان رجلا حفر بئرا في داره ثم دخل داخل
فوقع فيه لم يكن عليه شيء ولا ضمان ولكن ليغطها والمرسل عن
عن ابي عبد الله ع عن رجل دخل دار رجل فوثب عليه كلب في
الدار فعقره فقال ع ان كان دعي فعلى اهل الدار ارش الخدش
وان كان لم يدع فدخل فلا شيء عليهم وقال السكوني قال
ابو عبد الله ع قضى امير المؤمنين ع في رجل دخل دار قوم بغير اذنهم فعقره
كلبهم فقال ع لا ضمان عليهم وان دخل باذنهم ضمنوا الى غير
ذلك من النصوص الكثيرة الواردة في موارد عديدة كالغرور و
شهادة الزور وفي موارد ذكرة الى غير ذلك الا انه اجمع لم يعلق الحكم فيه
على لفظ السبب حتى يرجع في معناه الى العرف واللغة بعد عدم ثبوت
حقيقة شرعية فيه والمراد شرعية وانما تصيد الفقهاء من تتبع
النصوص كون السبب موجبا للضمان لان موارد النصوص كلها
من افراده ويلحق بها ما قطع بعدم الفرق بينه وبينها او
ما اجمع على عدمه بينهما ومع انتفاء الامرين لا نخرج عن الاصل
ودعوى ان المستفاد من تتبع النصوص كون مطلق السبب
العرفي او الاصطلاحي موجبا للضمان واضحة المنع بل لعلها رجم
بالغيب

في يستحب لصاحب الدار ان يغطي فيه سترا

ذلك ح

بالغيب ومع ذلك لا ثمرة مهمة في التعرض لتعريفات السبب المودعة
في كلماتهم وبيان الخلل فيها من دور او نقض طرد او عكس فانه
من تضييع العمر والاشتغال بما لا يعنيك وترك ما يعنيك
فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه قد يقال بان المحصل من النصوص
على وجه يجعل ضابطا هو ايجاد ما يصلح ان يقصد حصول التلف
في بعض الاحيان ولو بواسطة غيره معه سواء كان له مدخلية في علية
العلة كالحفر او في وجودها كالغرور والاكراه ومع فرض قصور
العبارة عن تاديته لا يلتفت اليها وقد يقال بان المحصل منها
منها الضمان بمفهوم السبب العرفي واختلاف الفقهاء انما هو في تنقيح
المعنى العرفي حسب اختلاف فهمهم في تحديد سائر المفاهيم العرفية الا ان
ذلك كله لا يخلو من تعسف بل قيل بان الثاني واضح الفساد لان اختلافهم
انما هو في خصوص بعض المصاديق التي لا يستقل منها الى جعل عنوان الحكم
مفهوم السبب الذي ذكروه خصوصا بعد العلم بان ما ذكروه من الامور
الاصطلاحية لا انه من المفاهيم العرفية بل لا يبعد في كون المراد لهم
انما هو ضبط ما استفادوا الضمان به من النصوص الا ان يقال لان
المراد لهم كون المدار في الضمان على صدق اسم السبب خصوصا بعد ان
لم يكن له معنى منقح عرفا بل ربما اطلق اسمه عرفا على ما علم عدم اقتضائه
كما قيل بل لعل الاول كذلك ايضا فان الحفر قد يكون له مدخلية في

منه مجمع ل

وجود علة التلف على نحو الغرور بل هو من الكشف البغي قولا او فعلا
مع معلومية عدم الضمان به البتة عندهم وقد ح فالوجه الاقتصار
على المنصوص وما علم الحاقه به فاللازم هو البحث عن جميع ما
اشتملت عليه النصوص فمنها حفر البئر الذي لا ريب في صدق
السبب عليه عرفا من غير فرق بين كونه في ملكه او في ملك غيره
معينا او غير معين كالارض الخراج المملوكة للمسلمين ونحوها
وكالطرق المملوكة لعامة الناس المستطرقين فيها ولا فرق
بين اختصاصها بغير حافرها وبين اشتراكه معه اي غيره في كل ذلك
انه لا ريب في عدم الضمان بحفره كما لا ريب في الضمان بحفره
بل الاجماع بقسميه على ذلك والمستفاد من النصوص التي تقرأن
حفرها في غير الملك مطلقا موجب للضمان ولو كانت في ارض مشتركة
هو ظاهر المتن وكثير من العبارات بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه
من غير فرق بين كون الحفر لمصلحة المسلمين او لغير مصلحتهم ولا بين الماذون
فيه شرعا باذن ولي المسلمين وعدمه ولا بين احتياجه والاضطرار الى
ذلك وعدمه لاطلاق النص المعتضد بما ظاهر معقد الاجماع وعدم
منافاة الاذن للضمان كما في نظائره ولكن عن الشيخ والفاضل وثاني
الشهيدين والمقدس وغيرهم عدم الضمان اذا كان الحفر في الطريق
لمصلحة المسلمين كحفر البالوعة ونحو ذلك ولعله للاصل مع انصراف
النص ونحوه الى صورة التعدي في الحفر فقط بل قد يدعى الظاهر فيه
الى صورة التعدي بمجموع الحفر فلا يشمله الحفر في المشترك بينه او
وغيره

وغيره وربما يلحق بالتنصيف ونحوه في الضمان على حسب الحقيقي وتمام
البحث في ذلك وفي المواريث وغيرها كحفر السراديب ونحوها
في الطريق سيجيء عند تعرض المصنف له ان شاء الله تعالى الوصول اليه
هذا وبالتأمل فيما ذكرناه وفي المسالك الاتلاف ونحوه اقوى من الغصب
في تأثير الضمان فانه بمجرده تشتغل الذمة بالبدل بخلاف الغصب
فانه بمجرده لا تشتغل الذمة به بل انما يوجب دخول المغصوب
في ضمانه حتى اذا تلف اشتغلت الذمة بالبدل وهذا كالنص
في ان تلف قبض الايدي يوجب شغل الذمة فضلا بمجرده قبل التلف
واذا تلف فانما تشتغل ذمة من تلف بيده بالبدل دون غيره
فاحتماله او القول بغير شغلها ودعوى الاجماع عليه [illegible]
وجواز اخذ البدل من غيره ومصالحته عنه وابراء ذمته منه وقبضه
من تركته بعد موته ونحو ذلك اعم من شغل الذمة به فعلا كما يشهد
له جواز ذلك كله قبل التلف ايضا لان ضمان العهدة يشغل الذمة
به فعلا في جميع هذه الاحكام فانه منزل منزلة شغل الذمة الفعلية
ولكن للبحث في ذلك مجال او تنزيل الحق منزلة الدين الفعلي
يحتاج الى اثبات به معتبر ولم نعثر عليه الان فلاحظ وتدبر والله اعلم
واما تقديم المباشر مع اجتماعه مع السبب فقد نص عليه كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف بل ظاهرهم الاتفاق عليه حيث ارسلوه ارسال
المسلمات في مواضع كثيرة بل في كشف اللثام الاتفاق عليه [illegible]

[illegible]

المقدس وغيره انه من المعلوم عقلا ونقلا اسناد الفعل الى القريب
دون البعيد الذي هو سبب التسبيب المذكور مدخلية ما في ذلك الشيء
فهو ظاهر وكانه يجمع عليه ولعله كذلك ولكن في الرياض ان
القوة المذكورة لا تدفع الضمان عن ذي السبب بعد وجود
ما يقتضيه فانه ايضا ممن حدث بفعله الضرر ولا امتناع في الحكم بضمانهما
معا او تخير المالك في الرجوع الى ايهما شاء كالغصب فلولا
الاجماع الظاهر المعتضد بالاصل لكان القول بضمانهما كترتب
الايدي في الغصب في غاية الحسن وعلى هذا تبع خالي العلامة
دام ظله في حاشيته على شرح الارشاد الا ان ظاهره الميل
اليه او بقائه في شك التردد من دون ان يقطع بما ذكره
الاصحاب ولعله لتوقفه في فهم الاجماع وتردده في صحة حكاية
من نقله لعدم قطعه بما هو حسن ولكن الاجماع ظاهر والمصير
الى ما ذكره متعين وقد يورد عليه مع كونه ظاهرا بلا
طائل معتد به بان اشتهاره فيما بينهم كاف في عدم ضمان ذي
السبب المذكور اذ لا مخرج عن الاصل بعد اشتهار عدم العمل
بموجب الشهرة فان ظاهر ادلة الضمان بالسبب انما هو في
صورة فقد المباشر القوي فقط فلا دلالة فيها على الضمان
في صورة وجوده فيتحقق قاعدة الاتلاف موجبة له بلا معارض
اصلا ولا ريب في عدم فهمها هنا حيث لا فرق بين عدم فقد ذي السبب
للاتلاف بسببه وبين فقده لذلك فانه تحديد ذلك عن قاضي
بصدق

في تساوي المباشر
وذي السبب في
الضمان على ما
اختاره صاحب
الرياض

بصدق الاشتراك في الاتلاف المذكور لا لغة ولا عرفا ولا شرعا
ولا اصطلاحا والتزامه كما هو محتمل البعض قد يشبه المكابرة
على الوجدان وفهم الاعيان من اهل اللسان بل البين ان الاتلاف
كاثر المعدات والشرائط والالات للمتلف في اختلاف
في القرب والبعد والقصد وعدمه ونحو ذلك عنها ودخل في القدر
المذكور عرفا مثلا لو نصب انسان سكينا في اخر فاوقعه
عليها شخص فتلف بها فان العرف حاكم بان الضمان على
المباشر الذي يستند الفعل اليه وان كان ناصب السكين معينا له
على ذلك وكان نصبه لها من المعدات كما جزم به بعضهم وعين
الناصب لها وتحققه للعقوبة والتقرير بالحبس او غيره
غير قاض بالشركة لهما في الاتلاف بل انما ينسب الى المباشر فقط ولذا
قالوا بان القصاص عليه وان كان الامر يحبس حتى يموت كما يجب
الشرع عقلا ونسأل الله تعالى الوصول اليه به وبالنبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام ولو
اجتمع السببان بان يحفر انسان بئرا ويضع آخر عنده حجرا فيتعثر به
انسان فيقع في البئر فالمحكي عن الاكثر انه ان اتفق في وقت واحد فهما
في الضمان لعدم الترجيح وان تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير
لا اشتغاله بالضمان اولا فكان اولى به وهو السبب المستعقب
وجود المسبب عنه ومن التذكرة انه لو تعدد السبب فالضمان على
المتقدم منهما ان ترتبا كما لو حفر شخص بئرا في محل عدوانا ووضع

٢ او الى

آخر بجوار فعثر انسان بالحجر فوقع في البئر فالضمان على واضع
الحجر لانه السبب المؤدي الى الاتلاف فكان بالضمان لان
السبب المجيب مع حصول سببه فيه فواضع الحجر يوجب التردي
اما لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما كما لو حفر ووضع الحجر
فان الضمان عليهما وفي القواعد انه لو اجتمع سببان مختلفان
قدم الاول منهما فلو حفر بئرا في طريق مسلوك ثم نصب
آخر حجرا فعثر به انسان فوقع في البئر فمات ضمن واضع
الحجر ولو نصب سكينا فتردى انسان فمات بالسكين
فالضمان على الحافر وفي التحرير انه اذا اجتمع سببان قدم
الاسبق في الضمان فلو حفر بئرا ونصب آخر حجرا فعثر به انسان
فوقع في البئر فالضمان على واضع الحجر لا غير وذلك من عباراتهم
المسلمة على تقديم الاسبق منهما في التأثير ولعله لانه بمنزلة
المباشر عند العقلاء واهل العرف وربما قيل بان تقدم
الاسبق في الجناية وان تأخر حدوثه على الاخر وقد يحتمل ترجيح
الاقوى كما لو نصب سكينا في البئر وقد يحتمل تساوي السببين
لاشتراكهما في التلف اجمالا في الخارج وانه لولا الحجر لم يحصل
التردي في البئر كما انه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفا بل لو
فرض كون كل من السببين مستقلا بالاستقلال عن الاخر الا انهما
قد اشتركا فيما تحقق في الخارج من التلف لاتجه الحكم فيه بالاشتراك

٢ في بئر محفورة

في الضمان

في الضمان كما قيل ولا بأس به في صورة عدم سبق احدهما على الآخر
في التأثير والا فالضمان على الاسبق ايضا وتمام البحث فيه عند
تعرض المصنف لذلك نسأل الله تعالى الوصول اليه بمحمد وبالنبي ص
وآله ع قال ره ولا يضمن المكره المال وان باشر
الاتلاف والضمان على من اكرهه لان المباشر
ضعف مع الاكراه فكان ذو السبب
هنا اقوى اقول لا اعرف خلافا في ذلك بل لعل ظاهرهم الاتفاق
على ذلك لاسناد التلف الذي هو السبب اليه عرفا والمباشر
كالآلة له عرفا مع اطلاق ادلة الضمان باب المقتصر على
تقييده بصورة قوة المباشر فقط مع اصالة براءة ذمة المكره
وعموم رفع الاحكام عنه كما قيل مع الشك في شمول ادلة الضمان
ضمان المباشر لمثل المكره ولولاه لاعترفنا بالمشهور او الجميع عنه
فلا معارض للاصل ولكن مع ذلك كله فقد احتمل بعض من تأخر
اشتغال ذمة المكره بالبدل لانه هو المتلف حقيقة فيندرج في
ادلة الضمان بالاتلاف فاذا رجع المالك عليه بالبدل كان له
الرجوع على من اكرهه بذلك وليس للمالك الرجوع عليه ابتداء
مع امكانه ايضا فيكون مخيرا بين الامرين كما في نظائره في المغرور
الذي يرجع على من غره بعد رجوع المالك عليه بالبدل وكما

في معنى قوة السبب على المباشر

الرجوع على الغاصب ابتداء ايضا الا ان ذلك كله كالاجتهاد في
مقابلة الاجماع الظاهر من كثير منهم بل هو مقطوع به فيما بينهم
مع ظهور الفرق بين المغرور الذي هو المتلف باختياره حقيقة
وانما جاز له الرجوع على الغاصب بالبدل لمكان النص والاجماع
وهذا بخلاف المقام المسلم فيما بينهم عدم ضمان المكره وعدم
اشتغال ذمته بالبدل اصلا مع التمسك في مثله بادلة
الضمان بالاتلاف له ان لم تكن ظاهرة في الاتلاف
الاختياري ولو بمعونة فهم الاصحاب بل وكافة المسلمين
على الظاهر فتدبر جيدا والله اعلم تنبيهات الاول المرجع
في الاكراه الى العرف كما في الطلاق وغيره ولكن في المسالك
مع ذلك انه ربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا
يمكنه تحمله والاشهر الاول والاحوط لصدق الاكراه الذي هو عنوان
الحكم نصا وفتوى مط وان كان الفرق يسيرا كما قيل الا انا
لم نعثر على نص هنا فلاحظ وتامل والله اعلم الثاني قد قيد
المص وغيره كون المتلف للاذى للاكراه على النفس بحيث
يسقط به الضمان عن الاثم وفي تحققه على الجرح بحيث لا
عند تعرض المصنف [illegible] والله اعلم الثالث
لو كان المال في يد المكره مضمونا عليه لغصب او غيره ثم اكره
على اتلافه فلا ريب في ان للمالك الرجوع عليه بالبدل لقاعدة
على من اتصل الضمان فيه لقاعدة الاتلاف مع
اليد

٣ [illegible]

٢ وظاهر اطلاق المشهور او الجميع عدم ضمان المباشر مطلقا وان كان غير مسلوب الاختيار بل ظاهرهم كالنص في صاحب الاختيار المهدد بالقتل على نحوه ولم ينقل

ما ينافيه اذ محل كلامهم
اليد كما لو غصبه آخر منه وليس في كلامهم ما ينافيه اذ محل كلامهم
عدم الرجوع عليه من حيث الاتلاف المكره عليه لا من جهة غصب
سابق على الاتلاف المذكور كما هو المفروض وقد تحقق
في الجهة السابقة وازالته حكمها بعروض الجهة الموجبة لعدم
جواز رجوع المالك عليه لاطلاقهم عدم ضمان المكره كما قيل
يدفعه انه لا شاهد عليها بحيث يخرج به عن اطلاق ادلتها
واطلاقهم مسوق لبيان جهة الاكراه فقط لا مطلقا نعم اذا رجع المالك
عليه لقاعدة اليد وهي تقتضي حكمها الثابت قبل الاكراه كان له
الرجوع على المكره لقاعدة تقديم السبب القوي على المباشر الضعيف
وكان عدم تعرض الاصحاب له بالخصوص لمعلوميته من قواعدهم
المقررة فيما بينهم فلاحظ وتامل والله اعلم الرابع لو كان الاكراه
على اثبات اليد على مال الغير فلا اثم عليه به قطعا للاصل وعموم
رفع القلم عن المكره وفي ضمانه وجهان من عموم قاعدة اليد ومن
الاصل وفحوى عدم ضمانه بالاكراه على الاتلاف بل لعله ظاهر
المشهور او الجميع فلاحظه وتامل والله اعلم وكذا لا يضمن المغرور
كما هو ظاهر كثير من العبارات كما قيل وكلام صريح الارشاد والدروس
واللمعة وغيرها ولكن في الارشاد الاقتصار على استثناء المكره من
قاعدة تقديم المباشر على ذي السبب واقتضاء الضمان حتى على القهر وفي

السادس انه لو اجتمع المباشر والسبب فالحوالة على المباشر الا
مع ضعفه بالاكراه او الغرور كمن قدم طعاما الى المغرور
فاكله فقرار الضمان على الآمر فان ضمن المباشر رجع
عليه وفي اللمعة انه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر
الا مع الاكراه او الغرور فيستقر الضمان على الغار والمكره
لضعف المباشر بهما فكان السبب اقوى انتهى الى غير ذلك من
كلماتهم التي لا تخلو من تشويش واجمال فان ظاهر استثناء
من القاعدة المزبورة انه لا ضمان على المكره اصلا وان
الضمان على من اكرهه فقط وليس للمالك الرجوع على
المكره وظاهر اللمعة والروضة بل والتذكرة ان للمالك
ان يرجع عليه فاذا رجع عليه رجع هو على من اكرهه على نحو
المغرور وقد مال اليه بعض من تأخر ان لم يكن اجماع على
خلافه فلاحظ وتأمل والله اعلم واما المغرور فلانه
ظاهرهم الاتفاق على ضمانه الا انه يرجع على من غره لو
رجع المالك عليه فلا يصح استثناؤه من القاعدة المزبورة حقيقة
وان صح على وجه من التأويل ولكن قد يراد من استثنائه
منه خصوص ما لم يكن ضمان على المغرور اصلا [illegible]
انه قد استثني من القاعدة المزبورة ما اذا ضعف المباشر
وله صور كثيرة منها المغرور بتقديم طعامه اليه جهلا فان
الضمان يستقر على الآمر وان كان قد تسلط مالكه عليه وغيره

بيده

بيده الا انه باعتقاده انه ملك غيره وانه مسلط على اتلافه
بغير عوض فليس تسليمه له تسليما تاما يتصرف فيه تصرف الملاك
في املاكهم فلذا ضعفت مباشرته بالغرور ونحوه في غيره فان
استثناءه منها حقيقة كالاتلاف المكره لماله او لمال غيره ولعل
ذلك مراد الجميع وان اشتبه بعضهم في بعض الاشتباه فلاحظ وتأمل
والله اعلم تنبيه قد تبين فيما ذكر في الجميع كلماتهم ان الاستثناء
من القاعدة المزبورة محتمل لوجوه منها ان المستثنى لا ضمان عليه اصلا
وان الضمان مختص بذي السبب ومنها انه لا يختص بالضمان بل يكون
مشتركا بينهما او يكون المالك مخيرا بينه وبين ذي السبب ومنها
انه لا يستقر عليه الضمان وانما يستقر على ذي السبب وان جاز للمالك
الرجوع عليه ابتداء فيرجع هو على المكره ومنها ان يراد به الاعم
من الجميع او من البعض الا ان الكل لا يخلو من تعسف بين والمنساق
من الاستثناء المزبور انما هو الوجه الاول فلاحظ وتأمل والله اعلم
قال رحمه الله ولو ارسل في ملكه ماء فاغرق مال
غيره او اجج نارا فيه فاحرق لم يضمن ما
لم يتجاوز قدر حاجته اختيارا مع علمه او
غلبة ظنه ان ذلك موجب للتعدي الى الاضرار
الى اقول اما عدم الضمان مع عدم تجاوزه قدر الحاجة
ومع عدم علمه او غلبة ظنه بالتعدي الى مال غيره فلا نعرف فيه خلافا بل
ظاهرهم الاتفاق عليه كما هو صريح المسالك من غير فرق بين احتماله للتعدي

وعدمه وان اتفق وقوع ذلك بفعله للاصل ولعدم الشرط
بفعله ولا اذن الشرع له بذلك لعموم تسلط الناس على ماله
ونحو فلا يتعقبه ضمان كما قيل ولان الامتناع من ذلك عسر
وحرج ويترتب الضمان عليه بذلك ضرر عظيم عليه بل قد
يؤدي الى تلف جميع امواله ونحو ذلك وكذا الكلام في الاثم كما في

فيما يثبت فيه الضمان

في الضمان مع قوة ونه فقد الحاجة ومع علمه او ظنه بالتعدي
الى مال غيره لنهي الشرع له عن فعل ذلك ح مع صدق انه
متلف لمال غيره فيكون من افراد المباشرة عرفا وعموم تسلط
الناس على اموالهم غير شامل لمثل ذلك ولولا الاجماع ظاهرا
على خلافه كما لا يخفى على المتتبع لعباراتهم ولا اشكال في ذلك كله
عندهم ولكن قد يناقش في الاول انه لم يكن عليه اجماع بصدق
انه قد اتلف مال غيره عرفا فيدخل في افراد المباشرة حقيقة ومن قضية
الشرعية وافتاء غيرها مدح مع ظهور خطأ علمه او ظنه ومع قدرته
على المنع ومع امكان منع ثبوت الرخصة الحقيقية له وانما تم
توهم المالك حصول الرخصة له علمه او ظنه بعدم التعدي فلما
ظهر له خطؤه تبين عدم ثبوتها له ومع ما قيل من ان الاذن
الشرعية لا تنافي حكم الوضع الذي هو الضمان الا على الاتلاف
النائم والغافل والقهر والجنون ونحوهم الى غير ذلك وقد يدفع
بمنع ثبوت كون الاتلاف سببا للضمان على وجه يشمل المقام
لعدم ثبوت ان من اتلف مال غيره فهو له ضامن رواية من طرقنا
بل ولا قاعدة كما قيل فقهية الا انه يكفي ح نهار واية من غير طرقنا بعد تلقي

الاصحاب وغيرهم

الاصحاب وغيرهم لها بالقبول الا انا لم نعثر عليها كذلك
ونحتاج انه لا مجال لانكار كونها قاعدة مسلمة فيما بينهم والتزام
كون الضمان في اتلاف النائم ونحوه لمكان الاجماع كما وقع لبعضهم
فان تتبع كلماتهم في سائر الموارد يدفع خلافه بل قيل بان
في بعض النصوص اشعارا بها ايضا الا ان عدم العمل بها في
نحو المقام مسقط لها عن الحجية كما في نظائره فلا يخرج بها عن الاصل
فلا وقع للمناقشة المذكورة كما لا وقع للمناقشة في التعدي بعدم
تسلط الناس على اموالهم الكاشف بجهالة جميع الناس في ملكه
مطلقا وان تجاوز عن قدر حاجته وان علم تعديها الى مال الغير
فانه مع تسليم شموله لذلك لا محيص عن تخصيصه بالاجماع
اجماعا المستفاد من تتبع كلماتهم كالمسالك والكفاية وكثير
من العبارات وانكار جموله بعد ملاحظتها في غير محله مع
صدق اتلاف مال الغير ح ذلك لغة وعرفا فيكون ضامنا فتأمل
جيدا والله اعلم ولو اتفق حمل الريح مثلا النار التي بيده الى حجرة
فاحرقت مال الغير او حملها شيء من الغنم في تلك النار فلا ضمان عليه
قطعا للاصل ان لم يكن الى رفع بعد عدم صدق الاتلاف عليه وبعد
عدم ثبوت الضمان بكل سبب عرفا وبعد عموم ما ورد في حفر البئر في
ملكه وانه لا ضمان عليه بوقوع شيء فيها بريح او غيره وفي المقنعة
والنهاية والمبسوط والسرائر وغيرها انه لا ضمان عليه اذا اشتعل

فيما اختلف فيه في الضمان وعدمه

النار فيه فحملتها الريح الى غيره ولعل المراد به صورة التجاوز
ووقوع ذلك من غير علم ابتداء ولا ظن به عادة لامطلقا وان
علم بذلك عادة مع احتماله ايضا للاصل بعد عدم صدق المباشرة
للاتلاف كما قيل وبعد عموم تسلط الناس على اموالهم كما قيل
فتدبر جيدا والله اعلم فلو تجاوز قدر الحاجة ولم يعلم ولم يظن
بتعديه الى الغير فضلا عما لو ظن او علم بعدمه فاتفق وقوع
ذلك على خلاف ظنه فتعدى الى ملك الغير احتمالان فيه وفيما لو لم
يتجاوز قدر حاجته مع علمه او ظنه بالتعدي فتعدى فظاهر الكل
والقواعد والدروس عدم الضمان للاصل ولانه فعل ماذون
فيه شرعا فلا يتعقبه الضمان ولا يتقيد مثل ذلك تفريطا وغيره
التمهيد والدروس وعدم الضمان بذلك لتحقق السببية الموجبة
له كما قيل ولصدق الاتلاف عليه فيضمن وان كان ماذونا فيه
غير مفرط فيه اصلا كما قيل وفي المسالك انه يتجه هذا القول في بعض
افراده وهو ما لو علم بالتعدي فتركه اختيارا وان كان فعله بقدر
حاجته لانه ترك قطعه مع علم التعدي الى الغير وقدرته على
قطعه فيعد محضا فيضمن مع عدم العلم ولا الظن بذلك فيشكل
الضمان على التقديرين تجاوز الحاجة ايضا لان فعله ماذون فيه
على التقديرين ولا تفريط حينئذ وفي مغني ظنه ما اذا قضت
العادة بسرايته لكان الهواء الشديد الحامل لها الى ملك الغير او
كون الماء كثيرا يغرق مال الغير عادة وان اتفق عدم شعوره
بذلك

بذلك لبلادته او غيرها مما غيره ذلك من كلماتهم التي لا تخلو من نظر
او منع والمتجه انه ان اندرج تحت المباشرة ولو التوليدية
فعليه الضمان وان كان ماذونا فيه شرعا وان اندرج في
التسبيبات فلا ضمان عليه وان كان غير ماذون فيه شرعا
ووجوب تركه باختياره مع قدرته على منعه اثم منها فلا يلزم منه
الضمان وانما اللهم الا ان ينزل الترك منزلة الفعل في
صدق الاتلاف عرفا فيكون ضامنا كما قيل وللبحث فيه مجال
والاحوط في ذلك مما لا ينبغي تركه والله اعلم ولو اتفق جفاف
اغصان من الشجر المملوك لغيره بحرارة النار الموقد في ملكه
بسبب المجاورة فقد اشكل الحكم فيما لو سرت اليه النار الا
ان تكون اغصان الشجر في هواء ارض موقد النار فلا ضمان
عليه اذا كان عطفه غير ممكن والا اتجه الضمان لانه ليس له
اتلاف مطلقا كما هو محرر في محله وفي التذكرة اطلق عدم ضمانها
متى كانت في هواء موقد النار واطلق ضمانها اذا لم تكن كذلك
من غير تقييد بعلم التعدي او تجاوز الحاجة محتجا بان ذلك لا يكون الا
من نار كثيرة ولا يخفى ما فيه وقد يورد عليه بان النار الكثيرة الموجبة
لذلك لا تكون عادة الا مع التجاوز بل او مع علم التعدي في الجملة ايضا
والامر سهل بعد معرفة الضابط الذي منه يظهر ما في تعليله
بانه ليس له اتلاف مطلقا فان التسبيب ليس من الاتلاف حقيقة وان
كان الاتلاف قد يكون بالمباشرة التوليدية كما هو واضح بادنى تامل

التجاوز

فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره ف يتفرع على التسبيب

فروع الاول لو القى صبيا في مسبعة او

حيوانا يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع

اقول هذا هو المشهور بيننا وفي المسالك تعليله بقوة التسبيب على

المباشر فان القاء القادر الذي يضعف عن التحرز عن السبع

في المسبعة والقاء الشاة ونحوها فيها سبب تام في هلاكه ولانه

فقد فعل ما لولاه لما حصل التلف مع كونه بعلة اخرى والسبع

لا يأل عليه الضمان فالمباشرة ضعيفة فلا تعارض السبب والاشبه

الغاصب للصبي يضمنه مط فهذا اولى بالضمان منه قطعا

ولكن للبحث في جميع ذلك مجال خصوصا الاخير كما يظهر مما

مر وغيره ولعله لذلك حكي مع الاصل قول بعدم ضمان الصبي

كما في المبسوط معللا له بعدم دخول الحر تحت اليد فلا موجب

للضمان ولكن قد يدفع بان ذلك مندرج في عموم من اتلف

مال غيره او نفسا عنه لقوله فانه من قبيل المباشرة عرفا لان

التسبيب الذي لم يثبت كلية الضمان به كما سبق ولذا لم يضمن

الكبير وان القي في المسبعة واتفق قتل السبع له ولان الصبي

اذا القي في غير المسبعة واتفق قتله له كما نص عليه كثير منهم بل

المشهور من غير خلاف فيه يعرف عدا ما عن الشيخ في احد قوليه بل

ظاهرهم الاتفاق عليه مع صدق التسبيب عليه عرفا وانكار

صدقه على ذلك كما في المسالك وغيره في غير محله نعم لا تصدق

عليه المباشرة فينتفي الضمان وتعليل الضمان بالتسبيبية

عليل

٢ الصبي

عليل وفي القواعد انه لو نقل صبيا حرا الى مضيعة فافترسه

سبع ففي الضمان اشكال من ان الحر لا يدخل تحت اليد فلا

يضمن ومن التسبيب الى الهلاك وفي جامع المقاصد ان

هذا الاشكال ليس بشيء بعد حكمه سابقا بانه اذا القاه

في مسبعة فافترسه السبع ضمنه وكذا يضمنه لو تلف بلدغ

الحية ونحوه وقع اي لطلع الراي فان القاءه في مضيعة اقرب

الى تحقق الهلاك من هذه الافة والاصح الضمان فيه وفي

المجنون لاتحاد المناط فيهما وقد يورد عليه بان الافة في المضيعة

سواء في التوقف والاشكال فلا وجه معتد به في الايراد عليه

بالافة واما المسبعة والمضيعة فكلاهما مندرج في الفرق بينهما

مع اشتراكهما في اصل التسبيب وانه لولاه لما حصل الهلاك

والفرق بينهما بكثرية الافتراس في المسبعة وقلته في المضيعة

عرفا ض بالنسبة في احدهما دون الاخر وكذا الفرق بينهما

بقصد الاتلاف في احدهما دون الاخر نعم قد يدعى كون الهلاك

في المسبعة من افراد المباشرة والسبع آلة للملقي بخلاف الهلاك

في المضيعة فانه ليس منها جزما فلم تثبت كلية التسبيب فلا مخرج

عن الاصل وفي التذكرة انه لو نقل صبيا حرا الى مضيعة فاتفق

فيها سبع فافترسه فلا ضمان عليه احالة للهلاك على اختيار

الحيوان ومباشرته فلم يقصد الناقل بالنقل ذلك ففيه اشكال

اما لو نقلها الى مسبعة فافترسها السبع وجب الضمان وقال
ابو حنيفة لا لانه فقد الاتلاف بالنقل وللث فيه وجهان
اشهرهما انه لا ضمان فيه ولا يخفى ظهوره في ارادة الفرق
بينهما بالاتلاف وعدمه لا بالتسبيب وعدمه فلاحظه [illegible]
والله اعلم قال رة الثاني لو غصب شاة فمات
ولدها جوعا ففي الضمان تردد وكذا
لو حبس مالك الماشية عن حراستها
فاتفق تلفها وكذا التردد لو غصب
دابة فتبعها الولد اقول قد تردد الفاضل ونحوه
وكثير منهم على ما عن بعضهم ومنشأ التردد في الجميع كما قيل
انما هو من جهة عدم اثبات اليد على الولد او على الماشية
فلا يكون مضمونا عليه ومن جهة كونه سببا في الاتلاف
فيكون مضمونا عليه وان لم يكن مغصوبا وداخلا تحت اليد فان
الضمان غير منحصر في اثبات اليد عندهم وفي المسالك كما [illegible]
الحق ان منشأ التردد انما يكون من جهة الشك في السببية
هنا اذ لو سلمت لم يكن اشكال في الضمان فيه ومنشأ
الشك فيها متفرع على تعريف السبب فعلى تعريف المصنف
اذا مات الولد جوعا بحيث لو لا غصب الام لما مات
عادة فالسببية متحققة فيه ولكن اتفاق تلف الماشية
بعد حبس المالك عن حراستها قد يكون بسبب [illegible] وقد

لا يكون

لا يكون فاذا فرض فهو بالفرض واما على تعريفه بانه الذي
يحصل التلف عنده لعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد
لتوقع تلك العلة كما عرفه جماعة فيتوقف ثبوت السببية على
قصد الغاصب للشاة والحابس للمالك الى اتلاف الولد
والماشية والاقوى الضمان مع استناد التلف الى فعل الغاصب
بمعنى انه لولا الغصب او الحبس لما تلفت عادة فان الواقع
في العبارة اعم منه لتحقق السببية ح والقصد غير معتبر في
تحقق ترتب اثرها كما هو مقتضى التعريف المختار ونحوه في
جامع المقاصد ومحكي الايضاح وكثير من العبارات ولكن
للبحث في ذلك كله مجال ولا طائل في اطالة الكلام في ذلك
هنا وقد يقال بان منشأ التردد من جهة الشك في ثبوت الكلية
في الضمان بالتسبيب وعدمه اذ لا نكير صدقه على جميع ذلك عرفا
وح فلا مخرج عن اصالة البراءة وعدم الضمان وعليه يحمل كلام
المصنف وجميع من شاركه في التردد كما عن صريح الفخر وغيره
وفي جامع المقاصد ان التحقيق ان يقال انه ان قصد
توقع العلة في التلف بغصب الشاة والدابة وحبس المالك
عن حراسة الماشية حيث يكون التلف متوقعا فالضمان لازم
لضعف المباشرة ومثله ما لو منع المالك من امساك دابته
المرسلة حيث يتوقع تلفها مع بقائها مرسلة ويختلف الامر في ذلك
باختلاف الاحوال فربما كان بقاء الدابة المرسلة اياما او شهرا

او اكثره ح ١٢

لا يتوقع معه التلف فلا ضمان لو حبس المالك فاتفق
تلفها على سبيل الندرة ومثله ما لو منع المالك من القعود
على بساطه وكان تلفه لسبب آخر مشروع ولو منعه من بيعه
فاتفق تلفه فلا ضمان لعدم تحقق معنى السببية في
الاتلاف بالمنع من البيع اذ ليس مما يقصد بمنع البيع تحقق
حدوث علة التلف ولو كان مشرفا على الموت فمنعه
من بيعه لينتفع بثمنه المشتري او منعه من تذكيته فههنا يحتمل الضمان
اقربها لا يخلو من وجه لتحقق معنى السببية ولم اجد بذلك
تصريحا من غيره ذلك مما فيه وفي غيره مما لا يخلو من نظر او
تحكم والوجه عدم الضمان في جميع هذه الامثلة للاصل بعد
عدم ثبوت الكلية في الضمان بالاسباب العرفية ويحتمل الضمان
ان منشأ النظر في الاول من انه مات بسبب لمحة استناده اليه
عرفا ولان السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه
وبهذا تفسير بعض الفقهاء ولولاه لما اثرت العلة وهذا
التفسير ايضا فيما نحن فيه ليس بسبب لانه يمكن اعتياضه بغيره
فهو اعم فليس بسبب ولانه لا يد عليه ولا مباشرة فلا
ضمان وهذا هو منشأ النظر في الباقي وايضا نشأ في الثاني
من انه تصرف في المالك لا في الملك ومن حيث انه سبب عرفا
واما في الثالث فمن حيث انه سبب لحدوث ميل يشبه
القسري لوجود ميل الولد الى امه طبعا فهو سبب في التلف

في كونه

في كونه سببا شرعيا في الضمان والاصل البراءة ولا يخفى ما فيه
وفي غيره من الاضطراب في معنى السبب المقتضي وجميع
ما ذكروه لا يرجع الى حاصل معتبر شرعا والسبب الشرعي
الذي فرض الكلية لا يحصل له ايضا الا اتباع نحو
المنصوص عليه وما الحق به بقطع عدم الفرق او باجماع
على عدمه كما في نظائره فلاحظ وتأمل والله اعلم قال رحمه الله

الثالث لو فك القيد عن الدابة فشردت
او عن العبد المجنون فابق ضمن لانه فعل
قصد به الاتلاف وكذا لو فتح قفصا عن
طائر فطار مبادرا او بعد مكث وكذا
لو فتح بابا على مال فسرق او ازال
قيدا عن عبد عاقل فابق لان التلف
بالمباشرة لا بالسبب وكذا لو دل السارق

اقول اما الاول فلا نعرف فيه خلافا بيننا بل ظاهر كثير من
العبارات نفي الخلاف فيه بين المسلمين وانه مجمع عليه فيما بينهم ولعله
الحجة مضافا الى عدة التداليات التي لها مطلقة وعرفا والى
في غيره الاتلاف كذلك والى التعليل المذكور في المتن وغيره
ولكنه عليل لامكان منع كلية الصغرى في الكبرى الا ان يراد به
ان ذلك آلة للاتلاف عادة كما هو غير بعيد او لاندراجه في السبب

واعلم ان عبارة المصنف منقلبة اذ الاولى فحكم في الاولين والثانية بالضمان وفي الثالثة الاخيرة بعدمه فلاحظ

في فتح او في عنوان المباشر

اي عن صاحب الجواهر

المنتزع من النصوص ان لم يكن كما قيل فتدبر جيدا والله اعلم واما
الثاني فلا نعرف فيه خلافا بيننا بل عن ظاهر التذكرة ونحوها
الاجماع عليه كما عن اكثر العامة موافقتنا على ذلك
لنحو ما سبق ولكن عن بعض الشافعية انه قد
فرق بين المبادرة الى الطيران فعليه الضمان لانه
هو المتلف له عرفا وهو المنفر له عادة وبين عدمها
فلا يضمنه للاصل ولعدم كونه متلفا له عرفا لان طيرانه
ح باختياره لا بتنفير الفاتح للقفص له كما قيل وعن
بعضهم انه لا ضمان عليه مطلقا للاصل ولان للحيوان قصدا
واختيارا وهذا يقصد ما ينفعه ويتوقى المهالك وغاية
الموجود من الفاتح هو التسبب الى تضييعه فيتقدم عليه مباشرة
الطائر واختياره نعم لو فرض حكم خروج الطائر بعد فتح القفص
دخول الهرة مثلا اليه وقتله لاشتراك الامرين في السببية
مع ضعف المباشر بعدم صلاحيته للضمان ولو اتفق باب
القفص ضيقا فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر
او عاب ضمنه الفاتح وكذا لو افسد الطائر شيئا بخروجه
بان كسر قارورة ونحوها لان فعل الطائر منسوب اليه
كما قيل وقد يورد عليه بعدم اندراج نحو ذلك في السببية
الشرعية المنتزعة من تلك النصوص كما قيل وبعدم الاجماع على
ذلك بعد عدم تعرض الجميع لذلك وان تعرض له كثير منهم

فلاحظ

فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو اهاج الدابة او الطائر
فذهبا ضمن ذلك بلا خلاف او قول واحد كما عن بعض
العبارات وهو الحجة مضافا الى صدق الاتلاف عليه عرفا
وعادة الى غير ذلك مما سبق ولو اتفق موت الدابة
مثلا فرضا ففيها وجهان من قاعدة اليد ومن الاصل بعد عدم
استلزام تحريك يده لها مثلا لصيرورتها تحت يده ولعل الوجه
اختلاف ذلك باختلاف الاحوال فقد تدخل تحت يده
فيضمن وقد لا يدخل تحتها عرفا فلا يضمنها فتدبر جيدا والله اعلم
واما الثالث فقد نص عليه كثير منهم بل لعله المشهور
للاصل بعد عدم ثبوت الضمان بمطلق التسبب العرفي مع
تقديم المباشر القوي عليه من غير فرق بين كون العبد
آبقا قبل ذلك الحل وعدمه وربما احتمل او قيل كما عن
ظاهر كثير منهم بالفرق بينهما فيضمن الاول لانه بمنزلة المجنون
او ملحق به في ذلك دون الثاني للاصل مع كونه عاقلا
غير متصف بالاباق قبل ذلك كما قيل وعن التذكرة ان
في الضمان مع كونه آبقا قبل ذلك اشكالا من حيث استناد
فعله اليه فكان مباشرا ومباشرته معتبرة لانه عاقل
ومن حيث ان المالك قد اعتمد ضبطه فاطلاقه اتلاف
عليه فكان كحل المجنون والدابة فلا شك في صدق السببية

وليس هناك مباشر يمكن اخذ الحق منه وكونه قادرا على
التحفظ مع عدمه لا ينفع وهذا اقوى لكان التسبيب كما
باتلاف وغصب الحر الصغير مع صدق التصرف في مال الغير
ولانه بهذه العادة قد اشبه الدابة ونحوها وقد يورد
عليها بانه مناف لقاعدة تقديم المباشر على السبب فقد
يدفع بعدم ثبوت القاعدة على وجه يشمل محل البحث
لان دليلها الاجماع ولا اجماع هنا قطعا ومن بعض من تأخر
القول بالضمان لان قوة المباشر لا تمنع الضمان على السبب
بعد وجوده لمقتضاه ايضا وهو نفي الغرر والاضرار
فلا يمنع الحكم بضمانهما معا وتخير المالك في الرجوع على ايهما
شاء كما هو الشأن في الايدي المترتبة على المغصوب وعن
الارشاد انه يضمن فيما لو دل سارقا على المال لغيره واليه
مال المختلف وغيره ومن التحرير انه يضمن وذلك على اشكال
وفي جامع المقاصد ان قول الارشاد ونحوه خلاف الجميع على ما يظهر
من الشهيد في شرح الارشاد مع انه لا ينطبق على اصول
مذهبنا وفي الرياض ان الاجماع ظاهر وربما يستدل
على الضمان بما ورد من الضمان باطلاق الغريم بل لعل المقام
اولى بذلك ولكن الاولى لذلك مستظهر فتدبر وفي الدروس
انه لو فتح بابا على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ

كما في الرياض

٢ الاصحاب كما

ونقل

ونقل من كل العامة عدم الضمان ولا فرق بين كونه عاقلا
او مجنونا آبقا او غير آبق بالغا او صبيا وظاهر اللمعة التخصيص
في العبد العاقل مطلقا كما ان ظاهرها التوقف في ذلك ايضا فعن
الاجماع منه على عدم الضمان في الثلثة عهدتها على مدعيها ولو
كان الوجه عدم الضمان فيها اجمع للاصل السالم عن المعارض
بل قد عن الشهرة المعتبرة ايضا على عدم الضمان في الثلثة
بل قيل بان عدمه في الثالث لم يتعرض له الا المحقق ره
وان تبعه كثير ممن تأخر عنه بل لعله قد اشتهر فيما بينهم وظاهر
الشهيدين الاعتراف بذلك ايضا ومنه يظهر النظر فيما في المسالك
من انه ظاهر الاصحاب بعد العلامة في الارشاد حيث حكم فيه
بضمان الدال على المال نظرا الى تحقق السببية فيه وهو نادر
لان وجود السبب لا يكفي في اثبات الضمان ما لم يخلو من المعارض
وفي غيره من كتبه فقد وافق الجماعة على القطع بتقديم المباشر
الا في التحرير فانه استشكل فيه ولا اشكال في انه لو كان
مستامنا على المال فانه يضمن من حيث التفريط فيه وان تخير
المالك في الرجوع عليه وعلى المباشر انتهى وعن فخر المحققين
حمل عبارة الارشاد على هذه الصورة ايضا الا انه تعسف بل لعل فان
ذلك خارج من تعاقب الايدي العادية نحو ذلك خارج عن محل البحث
كما هو واضح ودعوى ان النسبة المذكورة الى الاصحاب انما

كما في الجواهر

الاضرة المذكورة في المتن

على المال كما

بين من جهة حكمهم بان المباشر مقدم على السبب مع اجتماعهما كما هو
المفروض هنا فانه قاض بحكمهم بذلك في جميع موارده ولا
حاجة الى نقل تصريحهم بهذا الفرد بالخصوص كما قيل بدعوى انه يحتمل
قريبا كون مرادهم من هذه القاعدة خصوص ما لو لم يكن
السبب اقوى كما في الثالث كما قيل او خصوص ما امكن للمالك
ان ياخذ حقه من ذي السبب او من المباشر فلا تشمل
المقام الذي لا يتمكن المالك من اخذ حقه من السارق لجهالتهم
وعدم العلم باعيانهم او لعدم تمكنه اقامة البينة
عليهم او نحو ذلك وجه فلا يستفاد منها حكمهم بعدم الضمان
في الثالث لكي يكون الفاضل مخالفا لجميعهم كما زعمه الثاني
وغيره تبعا للشهيد كما قيل فلاحظ وتامل والله اعلم ولو
وجد حيوان ميت في البئر العادية مثلا ولم يعلم كون
موته بعد وقوعه فيها او انه قد مات خارجها ثم وقع
فيها ميتا فلا ضمان على الحافر للاصل السالم عن المعارض بعد
ظهور ادلة الضمان به في كون التلف بالحفر المزبور فلم
يثبت واستصحاب بقاء الحيوة الى ما بعد وقوعه فيها
مع العلم بموته فيكون تلفه بوقوعه فيها لعله من الاصول
المثبتة التي لم تثبت حجيتها ان لم يكن الثابت عدمها +
للاصل وغيره كما هو محرر في محله ولو علم بالاول ولم يعلم كونه

الاعتراض على صاحب الجواهر

بالتردي

بالتردي فيها او بايقاع الغير له فيها على وجه يكون الضمان
عليه ففي ضمان ذي السبب وجهان من اصالة عدم ايقاع
الغير له مع اطلاق ادلة الضمان به كما قيل ومن اصالة براءة
ذمة ذي السبب مع عدم شمول ادلته فانه لمثل ذلك للمتيقن
او الظاهر منها انما هو خصوص صورة كون التلف بغير مباشر
يتعلق الضمان به وذلك غير معلوم الحصول واصالة عدمه
لا تثبت كون التلف مستندا الى فرد غيره الا
على القول بحجية الاصول المثبتة ولكنا لا نقول به فتامل جيدا
والله اعلم قال ولو ازال وكاء الظرف فسال
ما فيه ضمن ان لم يحبسه الا الوكاء وكذا
لو سال منه ما الان الارض تحته فاندفع
ما فيه ضمن لان فعله سبب مستقل
بالاتلاف اما لو فتح راس الظرف فقلبته
الريح او ذاب بالشمس ففي الضمان تردد
ولعل الاشبه انه لا يضمن لان الريح والشمس
كالمباشر فيبطل حكم السبب اقول اما الاول فلا
نعرف فيه خلافا كما اعترف به كثير منهم بل ظاهرهم الاتفاق
عليه لصدق الاتلاف عليه لغة وعرفا فيلحقه ضمانه واما الثاني

فيتفق عليه كثير منهم لان ذلك من افعاله التوليدية فيندرج
في قاعدة من اتلف مال غيره ولان فعله سبب مستقل
بالاتلاف اذ السقوط بالميلان الناشئ من الانحلال الناشئ
من الفتح المزبور وهو مما قد يقصد به ذلك ولعله بموثقة
فتوى الاصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص ان لم نقل
او مندرج فيه كما قيل وعليه يتنزل ظاهر خصوص بعد غلبة
المتعرضين لذلك كما هو ظاهر جعلهم له من جنسها والله اعلم
واما الثالث ففيه وجوه او اقوال ثالثها الفرق بين
الريح فلا يضمن وبين الشمس فيضمن كما عن ط والغنية
والتذكرة والكفاية وغيرها معللا ذلك بان الشمس معلوم
طلوعها فيكون ايقاع الفاتح له معرضا لما فيه للشمس بخلاف هبوب
الريح الذي هو غير منتظر ولا متوقع فالتلف حينئذ لم يحصل بفعله
وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العاصف فعله غير ملجئ
والامر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله فكان
كما لو فتح الحرز فسرق المال غيره او قتل سارقا فسرق وقد
يورد عليه بان السببية العرفية مما لا ريب في تحققها وكون
والمباشر المزبور لا يحال عليه الضمان فيتعين احالته على السبب
كما هو ظاهر كثير منهم او صريحهم كما في شرح الارشاد وغاية المراد و
الدروس وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وغيرها
عملا بادلة الضمان به كما لو ذهبت الريح فالقت حيوانا في البئر
المحفورة

المحفورة عدوانا والفرق المزبور مجرد اعتبار غير قاض
بالفرق بينهما شرعا وقد يدفع بان ذلك انما يتم مع ثبوت
الضمان بمطلق السبب واما على القول بقصره على السبب الشرعي
كما نص عليه بعضهم في المنتجة عدم الضمان فيهما معا كما هو خيرة
المصنف وغيره للاصل مع عدم شمول النصوص ان لم نقل
ذلك ومع عدم الاجماع على الحاقه بالمنصوص بل قد يظهر
من المبسوط والغنية وغيرهما الاجماع على عدمه في الريح اي نحوه
ونحوها ودعوى ان ذلك كما لو جرح انسانا فاصابه الحر او البرد
فسرت الجراحة الى نفسه الذي لا ريب في ضمانها عندهم يدفعه
انه لا قطع بعدم الفرق بينهما ولا اجماع على عدمه فلا يخرج عن
الاصل في المقام ونحوه كما لو ازال اوراق الكرم وعرض عناقيدها
للشمس حتى افسدتها ونحو ذلك بناء على التحقيق لكن في الاتلاف
بالتسبيب لعدم قيام دليل معتبر عليه ولكن لا يبعد كون الجميع او
البعض من باب الاتلاف بالمباشرة وكون الشمس ونحوها على
آلة للمتلف فيندرج تحت قاعدة من اتلف مال غيره فهو
له ضامن ولو اتفق مجيء الريح فاسقط الظرف فلا شبهة
في كونه ضامنا لدخوله تحت هذه القاعدة وكون الفاتح له
سببا غير قاض بضمانه مع وجود المباشر وقد يشكل كون الضمان
عليه بانه مباشر او كالمباشر في القوة من الاول بل قد يستظهر ضمانه

الزق نافيا لو فتح انسان رأسه وأخذ ما فيه في الخروج ثم
جاء آخر بحكمه وقد يحتمل الشركة بها في الضمان إذا استند الى التكس
الا انه مدفوع بكون الثاني مباشرا او بحكمه كما قيل ولو فتحه
وكان ما فيه جامدا ثم جاء آخر بعد الفتح فقرّب منه نارا
حتى ذاب وضاع فالضمان على المقرّب للنار اليه لانه هو
المتلف له عرفا كما قيل وفي الكفاية التأمل فيه ووجهه احتمال انه
لا ضمان على واحد منهما اما الفاتح فلان مجرد الفتح لا يقتضي
الضمان واما الآخر فلانه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف
والاظهر وجوب الضمان على الثاني لان تقريب النار اليه تصرف فيه
بالتضييع والاتلاف والوجهان جاريان فيما اذا كان رأس الظرف
مفتوحا من المالك فجاء انسان فقرّب منه النار والاصح هنا ضمان
المقرّب ايضا لان [illegible] المناط فيهما كما هو واضح بل هنا اولى بذلك
لانحصار التلف بالمقرّب العادي بخلاف الفاتح فانه من حقيق فيه
وليس سببا في الضمان عندهم فتدبّر جيدا والله اعلم ولو حل رباط
سفينة فغرقت بالحل ضمن على نحو الظرف فان غرقت بسبب حادث
من هبوب الريح او غيره فالوجهان [illegible] ذلك مما في المسالك من
الفروع التي يعرف حكمها بملاحظة ما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم

> قال ره ومن الاسباب القبض بالعقد الفاسد
> والقبض بالسوم فان القابض يضمن وكذا
> استيفاء المنفعة بالاجارة الفاسدة سبب

لضمان اجرة المثل اقول اما الاول فلا خلاف فيه بل الاجماع
بقسميه عليه لعموم النبوي المشهور في الضمان على اليد ولقاعدة
ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده كما سبق البحث فيه مفصلا في كتاب
البيع واطلاق المتن ونحوه منزل على خصوص ذلك لا على ما يشمل
المقبوض بالهبة الفاسدة ونحوها مما لا يضمن بصحيحه فانه لا يضمن
بفاسده ايضا عندهم للاصل ولاقدامهما على عدم الضمان مع
عدم شمول قاعدة اليد لذلك ولو للاعراض عنها وعدم العمل
به في نحو ذلك كما سبق في محله ايضا وربما قيل بان الوجه والاجماع
المزبور في العقود التي الاقدام منها في الاولى فقد وقع بعنوان
المعاملة التي مقتضاها الضمان من دون نظر الى صحته وفساده
بل لاحظ منها في المشترك بين الصحيح والفاسد والفرض ان
مقتضاها الضمان الذي هو مضمون على اليد لما اخذت حتى تؤدي ولا
فرق بين العالم بالفساد والجاهل به وان الاقدام منها في القدرة المشتركة
على منعة في المشترك بين الصحيح والفاسد الذي مقتضاه عدم الضمان
فمع فرض كونه العقد ان يترتب عدم الضمان على تقديره على الصحة
والفساد مع العلم والجهل به اذ عدم الضمان ليس من احكام الصحيح منه
ولا ان الاذن مقيدة بالصحة لوضوح عدم ملاحظة ذلك كلها
وان زعما او احدهما الصحة لا على وجه تقييد الاذن به بل الداعي
العادي منهما ولا العنوان لهما الا المشترك بين الصحيح والفاسد
الذي مقتضاه عدم الضمان لعدم كونه من احكام الصحيح [illegible] وفيه
اولا ان ملاحظتهما لنفس العقد المشترك من حيث كونه قد يشترك ما

وافحه المنع بل ان كانا عالمين بالفساد لم يلاحظ الا الفاسد
وان جهلاه لم يلاحظ الا الصحيح وان اختلفا فذلك لاحظ
كل واحد منهما ما زعمه والوجدان شاهد على ذلك ومنه يظهر ان
الجنس الذي هو القدر المشترك لا حكم له في الشرع اصلا ولذا اتفقت
كلمتهم على ان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ايضا فالحكم انما
هو ثابت لكل من القسمين بنفسه وبخصوصه لا انه ثابت
للقدر المشترك بينهما مع انه لا جامع بينهما بحيث يكون له
حكم بنفسه خصوصا مع كون الضمان في الصحيح مغايرا للضمان
بالفاسد عندهم واشتراكهما في جنس الضمان غير قاض
بثبوت الجنس للقدر المشترك لا لغة ولا عرفا ولا شرعا و
خصوصا مع كون الضمان في الصحيح مجازيا بخلاف الفاسد
فان الضمان فيه حقيقي كما هو واضح بادنى ملاحظة فيما
ذكروه في تفسير القاعدة المذكورة فلاحظ ولا تغفل
وكذا الكلام في القاعدة الثانية لا بملاحظة الجنس
القدر المشترك فعلا او دائما وكذا الاشكال على ان العقد
المشترك بينهما مقتضاه عدم الضمان مع عموم قاعدة
اليد ونحوها ولذا اتفقت كلمتهم ايضا على ان عدم
الضمان في الفاسد تابع لعدمه في الصحيح ومتفرع عليه
لا انهما فرعا اصل واحد مع ان مقتضاه في الصورتين كون
الملازمة اتفاقية فيهما مع ظاهرهم انها تعليلية فيهما
كما هو المتبادر من القاعدتين عرفا ايضا فلاحظ متاملا والله العالم

۲ فائدة

واما

واما الثاني فهو المشهور كما اعترف به كثير منهم بل ظاهر جماعة منهم ارساله
ارسال المسلمات لعموم قاعدة اليد ونحوها ولكن عن الفوائد
وغيرها انه يضمن بالقبض بالسوم على اشكال في الاصل
وانه باذن المالك فيكون امانة مالكية كالوديعة كما قيل
ومع عموم التعليل الوارد في الوديعة ونحوها بانه امين و
مؤتمن ونحو ذلك كما قيل ومع ان الاذن لا تقتضي الامانة
مع قاعدة اليد وقد يقبض لمصلحة نفسه بل هو موضوع من الاثار
اخبار عدم الضمان كما في المنح والايضاح وجامع البرهان و
المسالك والكفاية وغيرها بل قيل بان ذلك هو الامانة التي هي
المالكية وهي كل عين حصلت في يدك باذن المالك او
من قام مقامه او بغير اذنه ثم علم بها ولم يطلبها ومقتضى ذلك
ان تكون غير مضمونة وذلك قاعدة مشهورة معروفة عندهم
وبها تفتح الشهرة المدعاة على الضمان في المقبوض بالسوم
ولعل مستندهم فيه تقييدها من كلمهم بالضمان فيما لو دفع
عبدين ليتخير المشتري احدهما وفي احدهما المبيع الكلي فابق
احدهما فانهم قالوا بان المشتري يضمن الآبق ويطالب بما
اشتراه وقد ذكر جماعة منهم الشهيد والثانيان بان الحكم
بضمان الآبق منهما مبني على ضمان المقبوض بالسوم فانه لا خصوصية
للسوم بل العمدة قاعدة اليد كما قيل وفيه انه لا تلازم بين المسألتين

لا عقلا ولا شرعا ولذا ما رأى ضمان الآبق كثير منهم كما عن المخ
والايضاح والمسالك ومجمع البرهان ثم حكمهم هنا بعدم الضمان
وح فقد يكون المدرك في ضمان الآبق هو النص الوارد فيه
مع الاجماع عليه مع ظهور عدمه هنا ودعوى ان المدرك فيه
منحصر في قاعدة اليد التي لا ريب في شمولها للمقبوض
بالسوم كيف تفترقان ونهاية الغير وجودا وعدما عهدتها على
مدعيها وان كان الاوجه اشتراكهما في الضمان لشمولها لهما
معا بل ولغيرهما من الامانات المالكية والشرعية ودعوى
اشتهار عدم الضمان في مطلق الامانات فتستفيض الشهرة
المتحققة هنا محل الكلام لخروج هذا عليها وتقديم كون
القليل هذا عليها في غير محله كما يظهر مما سبق في ضمان
صاحب الحمام وغيره والمستفاد من مجموع النصوص والفتاوى
انما هو عدم الضمان في عنوانات خاصة كالوديعة والعارية
واللقطة ونحو ذلك وما عداها يبقى على عموم قاعدة اليد
وليس ذلك من باب تخصيص الاكثر الممنوع منه الموجب
لسقوط العام عن الحجية كما زعمه بعضهم فلاحظ وتأمل
والله العالم واما الثالث فلا خلاف فيه في الحكم ولا
اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لكلية قاعدة من اتلف مال
غيره فهو له ضامن بناء على شمولها لمثل المنافع المستوفاة
او الفائتة تحت يده او لمنفعة الغير او احترام مال المسلم ونحو ذلك

كما قيل

كما قيل واما عدم جبر اليد كما قيل والى ان عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
كما قيل وفيه انه ان اريد بالضمان بالفاسد ضمان العهدة +
كالمقبوض بالبيع الفاسد فلا ريب في عدم تحققه هنا
لاشتغال ذمة المستوفي للمنفعة بالاجرة فعلا كاشتغال
الغاصب له دائما وان اريد به الضمان بالفعل كما في المقام
فيتضح منها الضمان بالقبض بالبيع الفاسد ونحوه وارادة
الامرين من لفظ واحد في استعمال واحد غير جائز على الاصح
والقدر المشترك بينهما مع امكان تصوره بعيد جدا الا لم
يقطع بعدم ارادته مع ان الاجارة الصحيحة توجب ضمان
الاجرة مطلقا وان لم يستوف المنفعة فمقتضى القاعدة المزبورة
كون الضمان بالاجارة الفاسدة كذلك فلا وجه لحصر المصنف
الضمان على صورة الاستيفاء فقط كما في كثير من العبارات
الا اني لم اجد من حكم بضمان المنافع الفائتة في الاجارة
الفاسدة خصوصا مع عدم تسلم المستاجر للعين المستاجرة
وخصوصا مع عدم كون نفس العين مضمونة كما هو احد الوجهين
او القولين فانه حينئذ لا موجب لضمان المنافع الفائتة اصلا
وان قيل بذلك في المغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد
ونحوهما بناء على تقدير ضمان نفس العين بحجة مساواة الجميع
في ذلك في جامع المقاصد ان المنفعة المستوفاة بالاجارة

الفاسدة مضمونة باجرة المثل وهل العين مضمونة بالاستيفا
يلوح من كلامهم العدم والذي ينساق اليه النظر كونها
مضمونة لان التصرف في العين غير جائز فهو بغير حق فيكون
في حال التصرف استيلائه عليها بغير حق وذلك من الغصب
الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بالصحيحة
مناف لذلك فيقال بانه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء
وان لم يكن مستحقا والاصل براءة الذمة من الضمان فلا يكون
العين بذلك مضمونة نعم انما تضمن المنفعة فائتة ولولا ذلك
لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لان استيلائه بغير حق
وهو باطل بل ربما قيل بعدم ضمانها في الفاسدة الا ان قاعدة
اليد مما لا مخرج عنها ولا يلزم من الخروج عنها في الاجارة الصحيحة
الخروج عنها في الفاسدة وقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
مع تسليمها في نفسها غير قاضية بذلك اذ هي مختصة في نفس المعقود
عليه والمعقود عليه في الاجارة انما هو المنفعة دون العين كما هو
واضح كوضوح ان ظاهر المتن ونحوه انما هو ارادة كون الثلث
من اسباب الضمان اذ مقابلة للمباشرة لان الثلث من الضمان بالتسبيب
كما زعمه ثاني الشهيدين فانكر كونه من ذلك الا ان ظاهر من
ونحوه انه من ذلك وان الامر سهل فلاحظ ولا تغفل والله اعلم
تنبيه ظاهر المتن وكثير من العبارات كون الضمان باجرة
المثل

المثل لفساد المسمى شرعا فيلزمه العوض الواقعي وهو اجرة
المثل وقد يحتمل كونه بالمسمى لاقدامهما عليه وتراضيهما به
وقد يحتمل كونه باقل الامرين للاصل ان لم يعارض في
مع احتمال مدخلية الاقدام المزبور في عدم وجوب اجرة المثل
ولا باس به الا ان يتم اجماع على الاول فيتعين العمل به ولكن
انى بذلك فلاحظ وتامل والله اعلم قال رحمه الله النظر الثاني
في الحكم يجب رد المغصوب ما دام باقيا ولو
تعسر كالخشبة تستدخل في البناء او اللوح
في السفينة ولا يلزم المالك اخذ القيمة اقول
لا خلاف في ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه وفي ما
دل على وجوب رد الامانات الى اهلها شهد عليه وكذا
العقل به وكقوله صلى الله عليه وآله كل مغصوب مردود وكقوله صلى الله عليه وآله ان الحجر
المغصوب في الدار رهن على خرابها ومع ما في لفظ من قبل انه
نقل الرشيد فيلزم حيث صار اشكالا في دخول المغصوب في ملك
الغاصب مطلقا كما قد يظهر من خرابي ولا ان الواسع في البغل اختيار
ابا حنيفة لا او مع تعذر الرد الى المالك او تعسره او التضرر به
كما في الخشب واللوح المزبورين كما عنه وعن تلميذه الشيباني وحينئذ
فيلزم المالك قبول القيمة لان ذلك معاوضة شرعية قهرية وفيه

من وجوه شتى لا تخفى على ذوي البصائر حتى قال الصادق (ع)
انه بمنزلة ذلك لحبس السماء قطرها ولحبس الارض بركتها ونحو
ذلك ويجب ستة اشهر مع اجرتها الى حين الرد ولو نقصت
ضمن ارش النقص ولو بلغت حد التلف وعلى تقدير الاخراج
بحيث لا يبقى له قيمة فالواجب تمام قيمته بلا خلاف ولا
اشكال وفي المسالك وغيرها وهل يجب ما اخرجه نظر
من فوات المالية ومن بقاء حق المالك في العين وظاهرهم
كما هو صريح المبسوط وغيره عدم الوجوب لانها تنزل منزلة
المعدومة ولو قيل بوجوب اعطائها الى المالك اذا طلبها كان
حسنا وان جمع بين القيمة والعين اذ لا مانع من ذلك ودعوى
سقوط حق المالك من العين بقبض قيمتها ممنوعة لان ثبوته عليه
ان لم يكن على عدمها لا ينتفي بسقطه وان خرجت عن المالية
اذ لا تلازم بينهما لا عقلا ولا شرعا وقد يدفع بانه مناف لقاعدة
الضرر والاضرار ومناف ايضا لملك القيمة التي هي عوض شرعي
يقتضي ملك معوضه للدافع ولعل احتمال وجوب البقاء واخذ
الاجرة عنها خاصة او مع القيمة للعين للحيلولة لتعذر ايصالها
الى المالك كما هو كما مع ملاحظة سلب المنفعة لمنفعة الغير
او مانع ذلك كما قيل وفيه ان ذلك جار بمطلق التعيب
للتعذر المنفعة المذكورة ولم يلتزم به احد مع انه مناف لاخذه تمام
القيمة التي هي المفروض ومع فرض عدمه لا مقتضى للا ولوية الزايدة
لاختلاف

صاحب الجواهر

لاختلاف موردها حتما المسالك مورد وبهذا الاحتمال فهو بعيد والامر
ولو كانت السفينة في لجة البحر وخشي من انتزاع اللوح الى
المغصوب منها تلف نفس محترمة او تلف مال محترم لغير الغاصب
الغير منه العالم بالحال وان اقدام على ركوب السفينة لم يجز نزعه منها
فعلا وانتظر نزعه الى وقت لا يلزم فيه ضرر ذلك جمعا بين
الحقين ولاحترام روح الحيوان مطلقا ولو كان ملكا للغاصب
كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل عن بعضهم الجزم
بنفيه ايضا ولكن لو امكن ذبح حيوان الغاصب وجب عليه على
الظاهر مقدمة لايصال اللوح الى مالكه الواجب عليه فورا
ودعوى حرمة ذبحه لغير الاكل ولصحة المنع للاكل وغيره وكذا
لو توقف على تلف ماله والضرر عليه هو الذي ادخله على نفسه
لا غيره كما نص عليه كثير منهم كما عن القواعد والتحرير والايضاح
والدروس وغيرها من العبارات بل فيما الاكثر انه لا ينبغي
الاشكال فيها بالعقلية وغيره وان الغاصب لا يناسبه التخفيف
بل يناسبه التشديد عليه ولكن عن المبسوط والتذكرة وظاهر
السرائر عدم وجوب نزعه على الاصل ولان السفينة لا تدوم
في البحر فيسهل الصبر الى وصولها الى فيأخذ القيمة للحيلولة الى
ان يتيسر النزع ورد اللوح مع ارش النقص ان حصل فيه
نقص ويسترد القيمة جمعا بين الحقين بخلاف مسالة الخيط في
البناء الذي لا امد له ينتظر فافترقا كما قيل وضعفه ظاهر كما اعترف

الى الشط صح

كثير من الاواخر ويقوى عدم وجوب المقدمة مع استلزامه القدرة على الكف
فيسقط وجوب ذيها حينئذ ما دام القدرة باقيا واقتضى المنع بالنسبة
الى الغاصب الذي يبقى التشديد عليه عقلا وشرعا كما يشير اليه
قوله في الحج المغصوب في الدار لسهو على ظاهرها فانه قاض
بوجوب ترك الحج وان ادى الى هلاكها اجمع كما قيل وليعلم الله
قوله لنفس من اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ونحوه بل قد
يستفاد منه عدم احترام نفس الغاصب الباغي فيقوى حينئذ بان للمالك
ان ياخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال وان
استلزم ذلك تلف نفس الغاصب وفرض عدم التمكن منه الا في الحال
المذكورة خصوصا مع حاجة المالك اليه في تلك الحال لحفظ نفسه
مثلا فان احترام نفس الغاصب في الغرض غير معلوم كما يشعر به مع
الادلة المذكورة ما ورد من سقوط احترامه في الدفاع عن المال
ولو يسيرا اللهم الا ان يفرق بينهما بان ذلك حيث يمكن منعه
فيه عن الغصب فمع اشتغاله يسقط احترامه بخلاف الفرض
الذي يكتفي فيه على الغصب حفظ نفس المغصوب لتوقفه على القاء
المال المغصوب فيه بل له اخذ مال غيره قهرا ابتداء مقدمة
للحفظ ولكن قد يمنع الرخصة له في القاء المغصوب فيه حفظا
حفظا لنفسه باعتبار كونه باغيا او عاديا قبل حال الاضطرار
فلا رخصة له ويفرق بينه وبين الاضطرار في ابتداء اخذ مال
الغير لحفظ نفسه لعدم البغي والعدوان قبل حال الضرورة مع
انه يمكن منع الرخصة فيه انا فرض تقصيره الى حال الضرورة لانه
لانه لا تقية في الدماء وقد يورد عليه بانه يجب على الغاصب

حفظ

فيما كان قتل الغاصب واجبا او جايزا

حفظ نفس الغير بان يترك اخذ مال الغير فلا يسقط حرمته فاذا
لم يترك ذلك واراد اخذه او اخذه فقد سقط حرمته لتقصيره
بسوء اختياره فللمالك منعه من الاخذ او استرداد ما اخذه
باي حال امكنه ذلك فاذا امتنع من ذلك فيرفع الى الحاكم ليجبره على
ذلك فان تعذر ذلك كان له مباشرة ذلك بنفسه ولو بان
يدخل داره او سفينته او نحو ذلك قهرا عليه مقدمة لاخذ ماله
الذي هو له لعموم تسلط الناس على اموالهم وحرمة التصرف في مال
الغير بغير اذنه لهذا الحال ان لم يعلم عدمه بل قد يستفاد نحو ذلك
في آيات الاعتداء ومجازات السيئة بمثلها ونحو ذلك هذا وفي
كون العدول مرتبة بعد فقد الحاكم وجهان احوطهما ذلك
اقتصارا على المتيقن في الخروج عن ادلة التحريم وقد يحكى ذلك
تتمة في محله ويريد وبالنهي والله نعم هذا ومن ذلك كله يظهر
انه لو اشتبه اللوح بين سفن كثيرة وجب تفريق الجميع
مقدمة لايصاله الى مالكه كما نص عليه كثير منهم ولكن في التذكرة
انه لو اختلطت السفينة بسفن كثيرة للغاصب لم يوقف
على اللوح الا بفصل الكل ففي جوازه او وجوبه اشكال
ولك فيه وجهان وفي المسالك وغيره ان اجودهما ذلك وهو
كذلك والقدر هو الذي ادخله على نفسه في نظائره ولو امتنع
من ذلك على وجه لا يدفع الا الى التلف لا يجب او يصح او تعداد
ونحو ذلك جرى فيه البحث السابق اليه فلاحظ فتم والله اعلم

قال ره و كذا لو مزجه بما يشق تمييزه كمزج
الحنطة بالشعير او الدخن بالذرة و كلف
تمييزه و اعادته اقول لا خلاف في ذلك بيننا بل عليه
اجماعنا كما هو ظاهر كثير من العبارات و تصريحها لاطلاق
ادلة وجوب الرد عليه القاضي بلزوم التمييز المزبور بل [illegible] لو لم
يرض المالك بغيره و لو بان يدفع اليه الجميع او الاكثر [illegible]
يرض بذلك و كذا البحث فيما لو مزج الحنطة البيضاء بالحمراء
و نحو ذلك مما يمكن تمييزه بمشقة عظيمة فانها قد جائت من قبل
سوء اختياره و لو تعذر التمييز كما لو اتحد الجنس صنفا و لا يمكنه
التمييز بينهما اصلا لا بنفسه و لا بغيره و لو باجرة يدفعها على ذلك
فقد وجب رد الجميع الى المالك مقدمة لايصاله الى ماله او وجب
القيمة و صيرورته شريكا مع المالك فيها وجهان و ظاهرهم
الاتفاق على الثاني الا انه يمكن ارش عيب الشركة عملا بالقواعد
العامة [2] فتدبر جيدا والله اعلم قال ره و لو خاط ثوبه بخيوط
مغصوبة فان امكن نزعها الزم ذلك و ضمن
ما يحدث من نقص و لو خشي تلفها بانتزاعها
لضعفها ضمن القيمة اقول لا خلاف في شيء من ذلك و لا اشكال
لعموم ادلة وجوب الرد الشامل لذلك و غيره كعموم ادلة الضمان
الشامل لضمان العين و الاجزاء و الصفات كخبر البغل و غيره مما

و قد يفهم

[2] لكن مع فرض كون العيب موجبا للنقص ح

في ضمان نفس العين و عدمه

[illegible] اما كون اخذ القيمة من الغاصب موافق للاصول الشرعية فظاهر و اما كون [illegible] و تسلط المالك عليه [illegible] موافق للاصول لا يبعد فتد

و قد يفهم من نحو المتن عدم وجوب رد الغاصب للعين بعد ضمانه
تمام قيمتها مطلقا و ان طلبها المالك كما في الفرض الاتي و نحوه بل
ربما نسب الى ظاهرهم بل و صرح جماعة منهم بدخولها و زوال ملك المالك
عنها و عدم [illegible] بثبوت حق له فيها اصلا و ان لم تدخل في ملك
الغاصب او لدخولها في ملكه شرعا بمجرد دفع تمام القيمة او بمجرد
شغل ذمته بذلك وجهان او قولان و في المسالك انه لا يخرج
بذلك عن ملك المالك فيجمع بين العين و القيمة و ح فيجب
ردها الى المالك لو طلبها و في جامع المقاصد انه لا يوجب ذلك
خروجها عن ملك المالك لان جناية الغاصب لا توجب اخراج الامرين
و لو استوعبت القيمة اخذها المالك و لم تدفع العين الى الغاصب
و هو الموافق للاصول الشرعية و لكن في مجمع البرهان انه لا يجب التصريح بل
يحكى انه لا يجوز و تعين القيمة فكانه بمنزلة التلف فيلزمه القيمة
فقط و ح فيحكم بجواز الصلوة في الثوب المخيط بالخيوط
المغصوبة اذ لا مغصوب فيجب رده كما قيل بجواز المسح بالرطوبة
في الماء المغصوب الذي حصل التيمم به بعد الغسل و قبل المسح فتامل و الاجتناب
اولى قيل و هو جيد لا نفي ملك المالك للقيمة ضمنا يقتضي نفي العين
المغصوبة عن ملكه لكونها عوضا شرعيا عنه على نحو الحيوان
الموجب لملك صاحب القيمة في ذمة الواطي كما قيل و على نحو رجوع متى
عدم للمالك عوض المغصوب على من استقر تلفه عنده [illegible]
و على نحو ما ذكروه في عوض الحيلولة كما قيل الا ان غير ذلك مما يؤيد به

في ما قبله الاقرب في ضمان العين

بعدم ... الصلاة

القول المزبور ولكن الانصاف للجميع مستظهر الآن المعتد به بين
الناس عدم المضايقة في نقض الثوب بعد اخذ تمام قيمته
وخروجها عن المالية بل قد يقال بخروجها عن الملكية والحقية
وان لم تدخل في ملك الغاصب بل قد يكون اولى بها من حيث
سبق يده عليها وحيازته لها فعلا ولا بأس به ان تم اجماع
على عدم تعلق حق للمالك بها اصلا ولكن المانع له مستظهر
فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره وكذا لو خاط بها
جرح حيوان له حرمة لم تنزع الا مع الامن
عليه تلفا او شيناً وضمنها اقول قد صرح بذلك
كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف جمعا بين ما دل على احترام
الحيوان بل وعدم جواز تعذيبه بل وعدم جواز ذبحه لغير اكله
كما قيل وبين ما دل على ضمان المغصوب بمثله او قيمته مع تعذر
رده بعينه مطلقا ولو شرعا كما هو المفروض ولكن قد يشكل
في التزام نزعها لحصول الشين المسوغ للعدول عن الماء الى
التيمم فانه لا تلازم بين الامرين فان حقوق الله تعالى ٢ بخلاف
حقوق الناس خصوصا بالنسبة الى الغاصب الذي يؤخذ باشق
الاحوال التي منها حدوث الشين ونحوه ٢ في حيوانه اللهم الا
ان يتم اجماع على عدم الفرق بين الامرين هنا ولكن انه
بتمامه هنا او فيما لك معنى لذا ان خيط به جرح حيوان
فهو اما محترم او غير محترم والأول اما آدمي او غيره فالآدمي متى خيف

من نزعه

٢ مبنية على التخفيف صح

٢ في بدنه او ح

من نزع الخيط منه هلاكه او غيره من المحذور المجوز للعدول
عن الماء الى التيمم من المرض والشين ونحوهما لم ينزع وعلى
الغاصب قيمته ثم ان خاط به جرح نفسه فالضمان مستقر عليه
وان خاط به جرح غيره باذنه فهو عالم بالغصب قيل كان
قرار الضمان عليه والاجود قراره على المباشر وان كان
جاهلا فلا اشكال في قراره بل وجوبه ابتداء على المباشر
واما غير الآدمي ففيه ضربان احدهما غير المأكول والحكم فيه
كالآدمي لانه لا ينتفع به مع ذبحه والثاني المأكول فان كان
لغير الغاصب لم ينزع لحرمة روحه وان كان للغاصب ففيه وجهان
احدهما انه يذبح ويرد الخيط الى مالكه لامكان الجمع بين
الحقين وهو جائز الذبح واظهرهما وهو الذي يقتضيه اطلاق
المتن المنع كما في غير المأكول لان للحيوان حرمة في نفسه
لذا يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه بغير الذبح للاكل
فان لم يقصد الذابح الاكل منع منه وقد ورد انه ص نهى عن
ذبح الحيوان الا لاكله وان مات الحيوان الذي خيط به جرحه
فان كان غير الآدمي نزع منه الخيط وفي الآدمي وجهان اصحهما
العدم لما فيه من المثلة والآدمي محترم حيا وميتا ولذلك قال ع
كسر عظم الميت ككسر عظم الحي ووجه جواز نزعه منه ان المنع لحرمة
الروح وقد زالت واما غير المحترم وهو ما يجوز اتلافه بغير
التذكية كالخنزير والكلب العقور فلا يبالى بهلاكه وينزع منه الخيط

مطـ وقد يورد عليها اولاً ببطلان القياس على التذكية مع عدم القطع
بعدم الفرق بينهما وثانياً فلا نسلم بالتزام وجوب تذكيتها على
الغاصب مطـ الا ان يخشى على نفسه التلف مع احتمال وجوبه
عليه وان لم يخش ذلك لعله اخذاً له باشق الاحوال ولانه هو الذي
قد ادخل الضرر على نفسه بسوء اختياره بل اقدم هو على ضرر نفسه
كما قيل فلا معارض حينئذ لدليل وجوب المقدمة وان زعمه
بعضهم فتدبر جيداً والله اعلم وثالثاً بامكان الزامه بشراء ما يجوز ذبحه
من الحيوان اذا كان ملكاً لغيره مأكولاً او غير مأكول يقصد تذكيته
ونزع المخيط منه مطـ وان ادى ذلك الى ضرر عليه فضلاً عن
الزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان المملوك له ودعوى حرمته
لغير الاكل واضحة المنع والرواية التي نعته بحجر قاصرة عن اثباتها
من وجوه شتى خصوصاً مع توقع اكله ولو بعد حين كما ورد
في ذبح الهدي في الطريق وانه يجعل عليه علامة ليأكل منه من
يقف عليه ولكن قد ينزل كلامهم على خصوص صورة تعذر
الشراء المذكور ولو بعدم رضا المالك به بل لعل ذلك هو المراد
لهم كما لا يخفى على من امعن النظر في كلماتهم وتعليلاتهم وتفريعاتهم
واجرائهم هذه الاحكام على القواعد العامة لا على التعبد
المحض فلاحظ وتأمل والله اعلم وثالثها انه قد يمنع اطلاق
قرار الضمان عليه حتى في صورة علم الذابح بغصب المخيط وطلبه
للتخييط به كما قيل وفيه ان نسبة التلف الى المباشر اقوى من نسبته
اليه فيقدم عليه على نحو تقديم المباشر على السبب ولشموله من

التلف

ودعوى ليس الا القابض فقط

التلف الى غيره فهو له خاص بالمباشر دون غيره ومجرد قبوله
ورضاه بفعل المباشر لذلك وطلبه له لا يصيره مباشراً له
ولو سلم شموله لها نفعاً فالمتجه اشتراكهما في الضمان كما في نظائره
ودعوى ان المباشر ليس الا ذو الجارح عهدتها على مدعيها بل
العرف شاهد على عدمها فتدبر جيداً والله اعلم ورابعها ان الحاصل
الا لم يندرج في دليل ضمان المتلف اختص الضمان بالمباشر
فقط وان اندرج فيه كما هو مقتضى الاعتراف بضمان العالم
بالغصب فيه اذ لا فرق بينهما الا من حيث اثم العالم به دون الجاهل
به اتجه جواز الرجوع عليه فان رجع هو على المباشر لقاعدة
الغرور كما هو واضح فتدبر جيداً والله اعلم وخامسها ان مساواة
غير المأكول للآدمي في جميع الاحكام مما لا شاهد عليه والتعليل
المذكور مع تسليمه في نفسه غير قاض به خصوصاً فيما ينتفع بجلده
من افراده وخصوصاً في مثل بعض الشيء ونحوه فيه فان عدم
جوازه في الآدمي لشدة احترامه غير قاض بعدم جوازه في
مطلق غير المأكول كما هو واضح فتدبر جيداً والله اعلم وسادسها انه
قد يمنع استلزام مطلق النزع المثلة المحرمة ولو سلم ذلك فقد
يدعى استثناء ذلك منها على نحو ما ذكروه في نبش القبر لاخذ مال الغير
الملقى فيه لان حق الناس مقدم على حق الله تعالى الذي منه تحريم المثلة
بكسر عظم الميت وتقطيعه ونحوها وليس ذلك الا من حق الناس الذي يقدم
على حفظ المال المحترم ذلك مما يرد عليها وعلى غيرها مما لا يخفى على المتتبع فيها
فلاحظ وتأمل والله اعلم

[illegible marginal note]

تنبيه ظاهر المتن ونحوه ان الحيوان الذي لا حرمة له اصلا
يجب نزع الخيط المغصوب منه مطلقا وان ادى الى هلاكه
فانه جائز على اى وجه اتفق كالكلب العقور ونحوه فيجب
مقدمة لرد المغصوب الى مالكه واما لو كان اهلاكه موقوفا على
اذن الامام ع او نائبه الخاص او العام او على اذن ولي الدم
او كان على كيفية خاصة اهلاكه فلا ريب في عدم جواز نزع
الخيط منه المؤدي الى هلاكه لانه محترم من هذه الجهة فلا يجوز
قتله بذلك ولكن قيل يلحق بالكلب العقور الكافر الحربي
بل والمرتد عن فطرة بل والزاني المحصن ونحوه ممن هو غير محترم
النفس وكذا لو عرض عدم احترامه بردة ونحوها بعد الخياطة
واحتمال عدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفة الامام ع وعدم
جواز قتل الحربي في بعض الاحوال على بعض الاقوال واضح
الضعف لان ذلك ليس من الحد اصلا بل هو اخذ مال مسلم
لموت غير محترم النفس ونحوه يجري في المحارب كما قيل وفيه
ان جواز الاخذ المزبور وان لم يكن بنفسه حدا مما لا دليل
على جوازه بل لعل ادلة حرمة القتل بدون اذن من له
كيفية وجوه القتل نعم لو علم بتوقف قتله على اذن اصلا كما
بين النبي ص ونحوه فلا ريب في جواز نزعها منه لانه كما في
افراد القتل فلاحظ وتامل والله اعلم ولو كان غير الحيوان غير
قابل للتذكية اصلا وكان محرما مثل كلب الصيد والماشية
ونحوهما فظاهر المسالك ونحوه انه بحكم الادمي لانه هو الذي

لا ينتفع

لا ينتفع به مع ذبحه حقيقة فهو اولى بالالحاق به من غير المأكول
القابل للتذكية المنتفع بجلده وعظمه ونحوهما كما هو واضح ولكن
للبحث في ذلك مجال بل المتجه الالحاق المزبور كما انه مستظهر
كما يظهر مما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره ولو حدث
في المغصوب عيب مثل تسويس التمر او تخريق
الثوب رده مع الارش ولو كان العيب
غير مستقر كعفن الحنطة قال الشيخ يضمن قيمة
المغصوب ولو قيل يرد العين مع ارش العيب
الحاصل ثم كلما ازداد دفع ارش الزيادة
كان حسنا اقول بلا خلاف [illegible] ولا اشكال بل
الاجماع بقسميه عليه لان ذلك مقتضى وجوب رد المغصوب و
ضمان ما فات منه المستفاد من العقل والكتاب والسنة
والاجماع كما قيل مع ما في [illegible] حيث
قال اذا غير الغاصب المغصوب تغييرا ازال به الاسم والمنفعة
المقصودة منه كما اذا قطع الثوب او طحن الحنطة مثلا ملكه وضمن
قيمته للمالك بل قال ايضا انه لو دخل اللص دار رجل مثلا فوجد
بقلا وطعاما [illegible] فطبخ البقل وطحن الطعام ملك الدقيق
فان انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للص قتاله عن دفعه
فان اتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص [illegible] مع شدة وضوح بطلانه

في بيان حكم ما يستقر فيه العيب وما لا يستقر

١٢ اما الاول الذي لا يستقر فيه العيب

في علم ابي حنيفة في حكم [illegible] المغصوب [illegible] الغاصب [illegible] المغصوب وان لم يحصل تغيير [illegible] البقل [illegible] تقدم [illegible] التغيير وازال الاسم [illegible] وكلا الطرفين باطل [illegible]

ومنافاته للاصول الشرعية ودعوى ان اشتغال ذمته
بمثل الحنطة موجب لملكه للدقيق اذ لا يمكن الجمع بينه
وبين بقاء الدقيق على ملك صاحب الحنطة يدفعه
انه لا موجب للشغل المزبور فعلا مع اصالة عدمه بل
الواجب عليه رد نفس الدقيق مع ارش النقص لو اتفق
حصوله كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم واما الثاني
ففيه خلاف فعن المبسوط انه يضمن قيمة المغصوب
لانه بمنزلة التالف او المستهلك فينتقل الى مثله او قيمته وجهه
وح فيدخل نفس المغصوب في ملك الغاصب لعدم امكان
ملك المالك له مع ملك عوضه كما قيل وعن التذكرة انه
اظهر قولي الشافعي الا ان الرشد في خلافهم ولذا صار
المعظم ومنهم ما حكي عنه الى انه يجب على الغاصب ان يرد
العين الى مالكها مع ارش العيب الفعلي فان اتلفها
المالك حين قبضها فلا شيء على الغاصب اصلا وان
ابقاها الى ان ازداد العيب ضمن ارش الزيادة و
دفعها الى المالك وهكذا الى ان تتلف ويكون مجموع ما
دفعه على سبيل الارش مع قيمته الفعلية في وقت التلف
هو العوض عنه شرعا فقد يزيد عن الاول وقد ينقص عنه
وقد يساويه ودعوى المساواة دائما عهدتها على مدعيها
نعم وظاهر المتن وغيره انه لا فرق بين تمكن المالك
من منع الزيادة المتجددة ولو ببيع الحنطة او طحنها و

وعن

[illegible] على المعنى الثاني
وعن [illegible] اعتبار الفرق

الكل

الكل وبين عدم تمكنه من ذلك لان العيب مضمون على
الغاصب ولا يجب على المالك فعل ما يزيل ضمانه للاصل
وعموم تسلطه على ماله مع مناسبة التشديد على الغاصب
الذي اخذه باشق الاحوال كما قيل ولكن ظاهر الثانيين و
غيرهما تقرر ضمان الغاصب على الثاني فقط لان النقص
في الشق الاول مستند الى تقصير المالك وتوانيه ومعاندته
للغاصب كما قيل وهو حسن لو وجب ذلك على المالك شرعا كي
يكون بتركه مقصرا ولكن لا شيء يدل عليه ان لم يكن على عدمه
ولو لا اصالة عدمه كما هو واضح كوضوح ان ظاهر المتن او صريحه
انه هو رد ارش العيب الفعلي مع العين وح فنتيجة ضمان الزيادة
المتجددة مع حصولها كما ذكروه لانها من توابع الغصب الموجب
للضمان بقاعدة اليد وغيرها واحتمال عدم ضمانها لانها قد
حدثت عند المالك بعد رد الغاصب العين الموجب لنفي الضمان
عنه بمفهوم الغاية في النبوي المشهور لصدق التادية على ذلك لغة
وعرفا كما قيل مندفع بمنع صدق التادية على ذلك فان المتبادر
منه اتيه مؤديه كما اخذه والمفروض انه قد غصبه سليما ورده معيبا
بعيب سار والارش المزبور غير جابر للتالف من العين فهو
باق في عهدته وضمانه نعم لو دفع الغاصب ارش هذا العيب السار
بوصف كونه ساريا عادة لبرئت ذمته ودفع المغصوب مع

عهدته وكانت الزيادة الحاصلة بعد الرد داخلة في الارش
المفروض فلا تكون مضمونة مرة اخرى كما هو واضح ودعوى
ان الارش حينئذ انما هو تمام القيمة فيرجع الى قول الشيخ كما
قيل واضحة المنع هذا وفي القواعد انه يضمن الزيادة
المتجددة على اشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين
وارش النقص فيجوز ان يعانده المالك بعدم التصرف
فيه الى ان يتلف ومن استناد النقص الى السبب الموجود
في يد الغاصب فيضمنه وقد يورد عليه كما في مفتاح الكرامة وغيره
بوضوح فساد الوجه الاول لعدم اقتضاء دفع ارش الحاصل كونه
كمال الحق الواجب وان كان تمام الحق حينئذ لعدم حدوث تلف
شيء يكون مضمونا بعد فاذا حدث ضمنه لانه مستند الى جنايته
ومعاندة المالك بالطريق الشرعي الذي هو تسلط الانسان على
ماله لا تقتضي سقوط ارش الجناية المضمونة كما قيل ولكن لا يخفى
انه على اطلاقه كانه مستظهر لما في بعض الافراد من التبذير وتضييع
المال الممنوع منه شرعا فرضية المالك حينئذ محل منع وعموم تسلط
على ماله لم يعلم شموله لذلك ان لم يعلم عدمه بل قد يعتقد عرفا انه
هو المتلف لماله فلا يرجع به على الغاصب ولتعزير الغاصب
بذلك ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام مع كونه يؤخذ باشق
الاحوال لم يثبت كونه رواية ولو سلم فكلم فلم يعلم شموله لمثل
ذلك بل اشكال المجمل بالنسبة الى ذلك متحقق فان ذلك كله

مداواة

مداواة الجرح حتى اتى على النفس فانها مضمونة على الجارح كما قيل
بيد في امكان توجه المنع اليه الاصل ان لم يكن عليه اجماع
واتى به مع امكان الفرق بينهما بنص او اجماع او اعتبار
معتبر كما يجب البحث عنه في محله ان شاء الله تعالى وبالنبي صلى الله عليه وآله
واولى بالمنع ما قد يورد على المشهور من انه لا يكاد ينضبط
ولا يعلم مقدار النقص والاحكام الشرعية لا تناط بمثل ذلك
الا مع المصالحة كما قيل وكذا الايراد عليهم بانه لا وجه لضمان الزيادة
المتجددة بعد دفع الارش الذي هو عوض العيب الساري على نحو
تقويم الحنطة صحيحة بكذا ومعيبة بالعيب المزبور بكذا فهو كمال حق
المالك اذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب الموجود لو
فرض سبقه على البيع او حدوثه مدة الخيار على وجه يكون ضمانه
على البائع ودعوى التمام ذهب عنه ايضا واضحة المنع كما قيل وفيه
اولا ان اخذ الارش على الوجه المزبور خلاف المعروف
في عباراتهم فلاحظ ولا تغفل وثانيا ان الفرق بين الغاصب
والبائع في غاية الوضوح فلا يقاس الاول على الثاني كما لا يخفى
على المتدبر فلاحظ وتدبر والله اعلم وفي غاية المرام انه اذا
غصب انسان سمنا او دقيقا ودبسا فاتخذ منه حلوا
ففيه الوجهان ايضا لانه كالمستهلك عند من لا يرد عليه فيضمن
القيمة والمتجددة مع ارش النقص وحينئذ فلو كانت

قيمته لا تنقص بالاختلاط عن قيمته حال الانفراد اخذه
المالك ولا شيء على الغاصب وان زاد بالاختلاط على الانفراد
اخذه المغصوب منه ولا شيء للغاصب ايضا لانه ليس له عين
مال فيكون شريكا به وانما حصل منه عمل في مال الغير بغير اذنه
فلا يستحق بسببه شيئا وان نقص قيمته بالاختلاط عن
قيمته حال الانفراد رده مع ارش النقص لانه هو السبب في
ذلك ولا بأس به مع ملاحظة قيمة المجموع في حالتي الاختلاط
والانفراد واما مع ملاحظة كل جنس بنفسه فالنقص حاصل
فيه في جميع الصور المفروضة هذا ويجب على المالك قبول
العين مع الارش لانها نفس حقه وليس له الزام الغاصب
بقبوله ودفع البدل عنه اليه مثلا او قيمة للاصل والعمومات
الدالة على اعتبار [illegible] واقوى [illegible]
الاحوال غير معلوم الشمول لمثل ذلك على نحو ما مر فلاحظ وتدبر
والله اعلم قال رحمه الله ولو كان بحاله رده ولا
يضمن تفاوت القيمة السوقية اقول اما
الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله
من الضروريات والعقل كالكتاب والسنة حاكم به ايضا
واما الثاني فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه بيننا
يعرف بل ظاهر ما عن الخلاف والتذكرة والمسالك وغيرها
نفيه بيننا وبين العامة الا شرذمة قليلة بل عن ظاهر
المبسوط نفيه بين المسلمين بل حكى الاجماع عليه كثير منهم صريحا
او ظاهرا

٢ المفروضة ح

مع عدم الدليل على كون ذلك من التصرفات من قبل ان شيخ ح

منهم

او ظاهرا مستفيضا او متواترا ولعله للاصل ولان الفائت
رغبات الناس دون شيء من المغصوب فان عينه موجودة
فالواجب ردها على المالك وقد اتى بما هو المفروض واولى
بالضعف ما اذا زادت القيمة عند الغاصب ثم نقصت
الى قيمته يوم الغصب ووجب رده عليه في وقت الزيادة
غير فاقد لصفاتها مع المبالغة وانما تنقص بالاثم فقط كنقص
العز والفرار الآنا وجه ضعيف قد سبق في منع الحر من العمل
وكذا مع انه مدفوع بان ذلك ليس الضرر وانما هو من فوات
النفع الذي لا يعد ضررا عرفا ولو سلم ذلك فالاجماعات المحققة
للادلة النافية له مع ان عدم عمل المشهور بها كاف في عدم الخروج
بها عن الاصول كما هو محرر في محله فما عن بعض من تأخر من الميل
الى الضمان هنا مطلقا كما عن الاسكافي او الاكثرية او لولا الاجماعات
الى بقائه كما في الرياض كانه في غير محله فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الله

فان تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله
ان كان مثليا وهو ما يتساوى قيمة اجزائه

اقول اما ضمان المثلي بمثله فقط فهو المعروف بين الاصحاب
بل ظاهر كثير منهم انه لا خلاف فيه وانه من المسلمات و
الاجماعات بل عن غاية المراد انه قد اطبق عليه الاصحاب
بل في جامع المقاصد الاجماع عليه ولكن عن الكاتب انه

٢ من

٣ لكنه اعترف به غير واحد منهم

في احكام العين التالفة

قال ان تلف المضمون ضمن قيمته او مثله ان رضي صاحبه
وحمله على القيمي فقط كالمقطوع بعدمه وعنه ايضا انه قال
ان استهلك الغاصب العين المغصوبة كان ضامنا لصاحبها
ودفع قيمة كانت لها منذ غصبها الى ان هلكت او المثل
لها ان اختار صاحبها ذلك وفي المنح انه يشعر بان احد
الامرين في المثلي والوجه خلافه بل ربما استظهر منه القول
بالتخيير بين الامرين مطلقا وفيه انه ظاهر في تعين القيمة عليه
الا مع رضا المالك بالمثل كما هو كذلك في سائر القيميات
عندهم ولعله لان المتبادر من قاعدة اليد ونحوها انما هو
ذلك مع ما في لزوم المثل عليه من الضرر في كثير من الاحوال
والافراد ومع عدم قيام دليل على ضمانه بالمثل المصطلح عليه
فيما بين الفقهاء اذ لا نص عليه لا في الكتاب ولا في السنة
لا النبوية ولا الامامية والاقربية الى نفس المغصوب من
حيث الجنس لا ترجع الى دليل معتبر ولعل الاقربية من حيث
المالية اولى بالاعتبار او انها مستفادة من آيات الاعتداء
ونحوها لا دلالة فيها على ذلك اصلا واما الاجماع المنقول فهو مع
تسليم اعتباره انما ينهض فيما اتفق الجميع على انه من
المثليات عندهم دون غيره مما اختلفوا فيه ولا يرجع فيه
الى عرف عام ولا الى لغة لعدم ثبوت المعنى المصطلح عليه
فيهما كما هو واضح كما وضح ضعف الاستدلال على التخيير بين

الامرين

الامرين بان الضمان انما هو باعتبار المالية ويحصل استدراكها
بالقيمة من غير حيف عليه كالمثل فيتخير بينهما لحصول براءة
ذمته بايهما حصل كما قيل وفيه انه قد اشتغلت ذمته
بالعوض بيقين ولا يقين ببراءتها منه الا بادائه او المثل
لاتفاق الجميع على حصول البراءة به الا انه انما يتم بناء على
مصير الكاتب الى التخيير المزبور واما بناء على مصيره الى تعين
القيمة عليه كما هو ظاهر عبارته فيجب منع ظاهره واولى
بالمنع ما قيل من ان المغصوب منه مخير بين الزام الغاصب بالمثل
او القيمة وعلى الغاصب اجابته الى ما يريده منه عملا بظاهر
آيات الاعتداء ونحوها كما قيل وذلك لظهورها في عدم جواز
الاعتداء بما زاد على ما اعتدي به عليه واما كيفيته وما يأخذه
من المعتدى عليه فلا دلالة فيها عليه اصلا والمستفاد من
ادلة الضمان انما هو تسلط المغصوب منه ونحوه على اخذ ما
اشتغلت به ذمة الغاصب مثلا كان او قيمة وليس له اخذ غير
ذلك منه ويجب على الغاصب دفع ذلك اليه وان لم يطالبه بذلك
ولا بحث في شيء من ذلك وانما البحث هنا في ان ذمته قد اشتغلت
بالمثل او القيمة بعد القطع باشتغالها بعوض معين في الواقع
لا ترديد فيه بين احد الامرين المزبورين وح فقد يقال
بان الاصل انما هو اشتغالها بالمثل العرفي لان جواز اخذ المغصوب منه

لان الاصل الاولي في المقام من رضي بالمثل كالتتمة المهدية قد حفظ

لزم الغاصب بظاهر الايات ونحوها يستلزم شغل ذمة الغاصب
بالعين والا لم يجز له اخذه منه اذ لا تسقط له على غيره ما اشتغلت
ذمته به الا بدليل من سنة او اجماع او ضرورة وقد يدفع بان
ذلك حين انتفاء الاجماع في الجملة او للمعروف من المذهب وح
فلا يمكن المصير اليه مع احالة عدمه فتدبر جيدا والله اعلم
وقد يقال بان الاصل انما هو اشتغاله بالقيمة لان
ذلك هو المتبادر من قاعدة اليد وقاعدة الاتلاف
ونحوها فهو المتيقن من تتبع النصوص الواردة في
ضمان الحيوانات وسائر المضمونات بالتعدي والتفريط
ونحوها ولعل منع ذلك ايض وبعيد فيقابله الاشكال
فلا طريق لها الا التراضي والتصالح بالتراضي وليس
لاحدهما الزام الآخر بمثل او بقيمة في سائر موارد
الشك واحتمال تخيير الغاصب بين الامرين لاصالة عدم
التعيين عليه مدفوع باحتمال تخيير المغصوب منه ايض لاصالة عدم
وجوب قبول ما عينه الغاصب له لعدم العلم بكونه حقا له
ثابتا في ذمته واقعا وانما يجب عليه قبول ما علم كونه حقه والمعروف
عدمه فتدبر جيدا والله اعلم واما تحديد المثلي بذلك فهو المشهور
بين الاصحاب كما في المسالك وغيرها وقد يورد عليه بانه ان
اريد بالاجزاء كل ما تركب منه الشيء فيلزم ان لا تكون الحبوب
مثلية

وتحديد المثلي

٢ ولاصالة براءة ذمته عما يتعين عليه كما قيل منه

٣ ولانه لو رضي المغصوب منه بغير ما يتعين وجب على الغاصب قبوله دون العكس كما قيل منه

مثلية لانها مركبة من القشر واللباب والقشر مع اللب
مختلفان في القيمة وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى
والعجم وان اريد بالاجزاء اجزاء النوع التي يقع عليها
اسم الجملة فيلزم ان لا تكون الدراهم والدنانير مثلية لما
يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن وفي الاستدارة و
الاعوجاج ووضوح السكة وخفائها ونحو ذلك مما يوجب
تأثيرا في القيمة عادة زيادة او نقصانا قيل وقد يدفع
بامكان ان يراد تساوي قيمة الاجزاء الاجزاء المتساوية
كالنصف ونحوه كما هو الشأن في الحبوب والادهان ونحوها
فيقال الوزنة بعشرة مثلا ونصفها بنصفها وثلثها
بثلثها وربعها بربعها وهكذا ومثله في الدراهم والدنانير ايض
والاختلاف الواقع فيها مع نحو الاختلاف في اصناف الحنطة و
غيرها غير قادح في المثلية الاصطلاحية عند الجميع كما لا يخفى
على من لاحظ كلماتهم وعباراتهم نعم قد يرد عليه ايض بانه
لو اتلف عليه حنطة بيضاء مثلا ان يعطيها بالحمراء وهكذا
وذلك ضرر عظيم على المالك المغصوب منه لاختلاف القيم
اختلافا فاحشا وقد يدفع باعتبار المماثلة في الصنف ايض
عندهم فلم يصرحوا به اعتمادا على معلوميته من [illegible]
قولهم ان كان مثليا يقضى بمثله ظاهر في ذلك ان لم يكن

يورد

٢ اتماما

صريحا فيه والبيان الشهيد حيث عرف المثلي بانه هو المتماثل
الاجزاء او المنفعة المتقاربة الصفات فتدبر وقد يورد
عليه ايضا بانه ان اريد به التساوي بالكلية فالظاهر عدم
صدقه على شيء من المعرف اذ ما من شيء الا واجزاؤه مختلفة
في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير وجميع ما يقال بانه
مثلي فان قفيزا من حنطة يساوي عشرة وقفيزا آخر
يساوي عشرين وهكذا وان اريد به التساوي في الجملة
فموجود في القيمي ايضا موجود مثل الارض والثوب ونحوهما وان
اريد به مقدار خاص فهو حوالة على مجهول وقد يدفع بان
المراد بالمثلي ما هو المماثلة في غالب ما له مدخلية في العرف
المقصود لا المماثلة من كل وجه المتعذرة غالبا او دائما
ولا مطلق المماثلة العرفية الموجودة مع وجود وجه للتفرقة
في الجملة وذلك المعنى المراد لا يكون الا في الاشياء المتساوية المتقاربة
في الصفات والمنافع المعلوم ظاهرها وباطنها ولذا كان الحيوان
قيميا لعدم معرفة باطنه المختلف اشد اختلاف وكذا الثوب
بل الارض التي فيها قطع متجاورات ومنافع مختلفة كل
الاختلاف باعتبار الاشياء ولو فرض وجود المثل المنطبق على
المعنى المصطلح عليه في بعض الافراد لم يوافق اطراد قواعد الشرع
كما قيل وفيه ان يكون المراد ذلك غير بعيد في صحة التعريف المشهور
ظاهرا والا لانسد باب النقض على سائر التعاريف لان
المراد بها خلاف ظاهرها مع انه مع تسليم ظهوره من تعريفهم عرفا

او

او دعوى قيام القرائن على ارادته منه او التزام انه تعريف آخر فقد
يشكل عليه بان نحو الحنطة المتفق على كونها من المثليات عندهم
كيف يحصل العلم بباطنها من كونها خبازية او سيالة او متوسطة و
فيها مراتب كثيرة لا تعرف الا بالاختبار وكذا معرفة باطن التمر
من صغر نواه وكبره وكثرة لحمه وعدمه ونحو ذلك الزبيب
والمشمش ونحو ذلك فلذا اتلفه الغاصب لها قبل
اختبارها فلا طريق الى معرفة باطنه غالبا ولو فرض حصولها
فيها نادرا لم يوافق اطراد قواعد الشرع ايضا وقد عرفت عليه
حصولها فيها عند نهاية مدعيها وقد يعرف المثلي ايضا بانه
هو المتساوي الاجزاء او المنفعة المتقاربة الصفات
وقد يعرف ايضا بانه هو المتساوي اجزاؤه في الحقيقة النوعية
وقد يعرف ايضا بانه ما لا يختلف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة
وربما يقال في الجرم والقيمة وقد يعرف ايضا بانه هو الذي تماثلت
اجزاؤه وتقاربت صفاته وقد يعرف ايضا بانه هو الذي تساوت كل
في الخلقة ومعظم المنافع او الذي تساوت اجزاؤه في المنفعة والقيمة
وزاد بعضهم من حيث الذات لا من حيث الصفات وقد يعرف ايضا
بانه هو المقدر بالكيل والوزن وقد يعرف ايضا بانه ما امكن ضبطه
بكيل او وزن وجاز السلم فيه وقد يعرف ايضا بانه المقدر

باحدهما مع جواز السلم فيه او اشتراط جواز بيع بعضه ببعض
لتشابه الاجلين في قضية التقابل الى غير ذلك من تعاريفهم
التي لا يخفى ما يرد عليها من النقض في الطرد والعكس ولا ثمرة
مهمة في التعرض لها بعد عدم ترتب ثمرة عليها وقد قال تبعا ل
المحقق بان الظاهر من التعريف ارادة ضبط المثلي بحيث
يتميز فضل تميز لا التعريف الحقيقي او تكون الامثلة المذكورة
متممة له كما قيل ودعوى ان مراد الجميع واحد وهو التساوي في
الذاتيات في غالب ما له مدخلية في الرغبة والقيمة وان يكون
ذلك غالبا في افراد الاصناف لا الاتفاق كما قيل مما لا شاهد له
عليها ومجرد احتمال ذلك غير كاف فيه مع انها بعيدة عن
ارادة ذلك اشد البعد بل مع كونه لا يرضى بها اربابها
ما قيل بانه لعل مراد المشهور هو التقارب المتعارف المعتد به
عند اهل العرف اي ما يكون متساوي الاجزاء عرفا يكون
مثليا وغير المتساوي ونحوه غير مثلي وايضا المثلي ما تعارف
تحقق المثل له بحيث يشبهه ويماثله في القيمة والتمر الكوفي
والقند هو اقرب اليه من كل جنس وان كان مثل الدرهم
والدينار رغبة جيدا والله اعلم والاقوى في النظر وفاقا
لكثير ممن تاخر هو الضمان بالقيمة الا في الافراد المندرجة
في جميع

في جميع التعاريف المتفق على انها مثلية تضمن بمثلها عملا
بالاجماع المنقول دون ما وقع الخلاف فيه كالذهب والفضة
الغير المسكوكين فعن المبسوط انهما من القيميات وكذا الحديد
والنحاس والرصاص وعن المبسوط ايضا ان الرطب والعنب
من القيميات وان التمر والزبيب من المثليات الى غير ذلك
فان المتجه في جميع المختلف فيه ضمانه بالقيمة كما يستفاد من تتبع
النصوص كخبر السفرة وغيره وقد يقال كما مال اليه بعض من تأخر
بتخير الضامن بين دفع المثل العرفي او القيمة لاصالة براءة ذمته
عما زاد على ما يختاره فان فرض اجماع على خلافه فالاصل تخيير
المالك لاصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك و
لقاعدة اليد فان مقتضاها عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين
وانما خرج عنه ما اذا رضي المالك بشيء آخر فقط وقيل بان الاقوى
تخير المالك من اول الامر لاصالة الاشتغال والتمسك في اصالة البراءة
لا يخلو من منع وقد يورد عليه بانه لا وجه لجريانها اصلا بعد وضوح
كون المفروض دوران الامر بين متباينين لا بين الاقل والاكثر
فتدبر وبان اصالة الاشتغال انما توجب الجمع بين الامرين او ارضاء
المالك بوجه من الوجوه ولو بابراء ذمته من الحق الذي هو عليه

[illegible]

هل التخيير للغاصب
او للمالك

واقعا واين ذلك من تخيير المالك ابتداء بين الامرين بحيث
يكون ما اختاره هو الذي في ذمة الغاصب واقعا فانه
لا شاهد عليه ان لم يكن على عدمه لوضوح ان الذي اختاره
قد يكون موافقا للواقع فيكون حينئذ هو نفس الحق وقد يكون
مخالفا له فيكون حينئذ بدلا عن الحق فلا يجب على الغاصب بذله
وفاء عما في ذمته وان قد يجب عليه الرضا بذلك مقدمة
لبراءة ذمته لو لم يسمح ببذل الامرين معا ولم يتيسر ابراء
ذمته بوجه آخر فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو كان المثلي المبيع

في ضمان المثلي المعيب

عليه معيبا ضمنه بمثله لا بالقيمة لنفي الضرر وعدم اشتغال ذمة
الغاصب به مع اصالة براءة ذمته ولا دليل على لزوم دفع الى
المغصوب منه مع رده الارش على الغاصب لا على لزوم دفع
مقدار المعيب ... القيمي يجب القيمة اليه خصوصا مع احتمال كونه
من الربا الممنوع منها هنا ولو تعذر المعيب على الغاصب انتقل
الى قيمته لانه البدل عنه في هذا الحال كما في نظائره فتدبر جيدا
والله اعلم ولو كان المغصوب نقدا قد اسقط السلطان المعاملة
به او نقص قيمته التي يتعامل بها فالظاهر ضمانه بمثله في
القدرين كما دلت عليه النصوص المعتبرة التي تقدم في كتاب البيع
والقرض فلاحظ وتامل والله اعلم قال رحمه الله فان تعذر
المثل ضمن قيمته يوم الاقباض لا يوم الاعواز

اقول اما ضمان قيمة المثل حال تعذره فقد قيل بانه لا نجد فيه
خلافا بل قيل بانه اجماعي لنفي الضرر وقبح التكليف بما
لا يطاق والاضرار على الغاصب بتاخير دفعه للحق الى حاجة
فتعينت القيمة المذكورة جمعا بين الحقين كما قيل وفيه اولا
انه ان اريد بضمان القيمة شغل ذمة الغاصب بها فلا
دليل عليه بل لم نعثر على قائل به لا صريحا ولا ظاهرا فضلا
عن دعوى الاجماع عليه كما لا يخفى على من لاحظ عباراتهم وان
اريد به مجرد وجوب دفع القيمة بدلا عن المثل الذي هو في ذمته فقد
نسب الى المشهور محتجا عليه بالاجماع ونفي الضرر الى آخر ما مر
ولكن في الجميع نظر لعدم ثبوت الاجماع على ذلك مع رضا المالك
بتاخير حقه الى ان يحصل المثل كما لا يخفى على المتتبع لعباراتهم
بل فيها ما هو ظاهر او صريح في عدم الوجوب حينئذ ودعوى ان ذلك
ضرر على الغاصب في ... المنع كدعوى ان قوله عليه السلام كل مغصوب مردود
يدل على وجوب رد العين او المثل او القيمة فورا فيجب على صاحب الحق
قبوله فورا والا لم يجب ذلك كما قيل اذ لا يخفى ظهوره بعد تسليم
وجوده بهذا المتن في وجوب رد نفس المغصوب والمفروض تعذره
ووجوب رد العوض ... انما هو من دليل آخر كالاجماع على وجوب
رد المثل وعلى شغل ذمة الغاصب به مع كون التالف مثليا

فان لم يتمكن من ردّه اصلا لعدم وجوده عنده وعدم
تمكنه من تحصيله ولو باضعاف قيمته لم يجب عليه لقبح التكليف
بما لا يطاق واحتمال وجوبه لانه بسوء اختياره مخالف
لاصول مذهبنا واما اشتغال ذمته به فلا مسقط له اصلا
ولا دليل على تبدله بالقيمة لا عقلا ولا شرعا مع اصالة عدمه
وح فان رضي صاحبه بالتاخير الى ان يتيسر له فهو فلا
ينبغي الاشكال في عدم دفع وجوب القيمة على الغاصب واذا
لم يرض بذلك وطالبه بحقه فعلى الغاصب ان يدفع قيمة
المثل الذي قد اشتغلت ذمته به بدلا عنه مطلقا كما قيل او
بدلا عنه الى ان يتيسر المثل فيدفعه ويسترد القيمة على نحو ما في
الحيلولة كما هو بعيد اذ لا دليل على الاول والجمع بين الحقين
ونفي الضرر عن الجانبين حاصل بذلك فلا تجب الزيادة عليه
للاصل وغيره ودعوى الاجماع على خلافه عهدتها على مدعيها
فتدبر جيدا والله اعلم تنبيهات الاول ظاهر المتن ونحوه عدم الفرق
بين عدم وجود المثل حين التلف وبين وجوده حينئذ ثم
تجدد فقده بعد ذلك لشمول التعذر للصورتين لغة وعرفا
ولكن عن الفاضل وجماعة قصر الحكم على الثاني وان الاول
يضمن

يضمن فيه المغصوب بقيمته لعدم وجود المثل له كي
تشتغل به ذمة الغاصب بمجرد تلف المغصوب فلا
تشتغل الا بقيمته ابتداء كما قيل ولكنه لا يخلو من نظر
فتدبر جيدا والله اعلم الثاني الظاهر لزوم المثل على الغاصب
بمجرد تمكنه منه مطلقا ولو لم يوجد في البلد وما يقرب منه عادة
فيجب جلبه من الاماكن البعيدة مقدمة لابراء ذمته كما في
نظائره ولكن في المسالك وغيرها كما عن التذكرة وجامع
المقاصد وغيرهما عدم وجوبه لكنه لا نحو ما ذكروه في تعذر
المسلم فيه اوانه في غير محله لوضوح الفرق بينهما لانصراف
اطلاق عقد السلم الى المتعارف بين المتعاملين به
بخلاف الغصب فانه لا اطلاق فيه ينصرف الى ذلك كما اعترف
به بعضهم فلا معارض ح لقاعدة المقدمة الا دليل نفي الحرج
ونحوه والضرر والعسر والحرج غير مانعة منه هنا بعد ان
كان هو الذي ادخلها على نفسه على حد تلف المغصوب الذي يجب
ردّه وان كان في مكان بعيد ودعوى الفارق بينهما
هو الاجماع وانه لولاه لم يرده اليه لنفي الضرر ونحوه واضحة المنع

محتمة جيدا والله اعلم واما كون القيمة حين الاقباض فهو المعروف
بيننا بل لعل عليه اجماعنا كما هو ظاهر كثير من العبارات لان
ذلك هو وقت اداء الحق الى صاحبه فتبرأ ذمته الغاصب
ح من المثل وثبوت القيمة الى حين دفعها الى المالك بل لا غبنه
وهو جيد مع رضا المالك بذلك على نحو الوفاء بغير الجنس في
باقي الديون وذلك هو الغالب وقد ينزل عليه اطلاق
كلامهم وح فليس له الرجوع عليه مع تمكنه من المثل بعد ذلك
واما مع عدم رضاه بذلك وانما قبضه منه بدلا عن تأخير حقه
الى ان يتمكن منه فلا يبعد ان له ذلك لاصالة عدم المعاوضة
الشرعية القهرية ودعوى الاجماع على خلافه عهدتها على مدعيها
بعد قلة المتعرضين لذلك وعدم معرفة الخلاف فيه بل او
عدم الخلاف فيه ليس من الاجماع المعتبر عندنا كما هو محرر في محله
ودعوى ان المالك ليس له الا القيمة الى ان يحصل المثل او
الرضا بالوفاء وليس له اخذ بدل التأخير يدفعها ان الحق فقط
على ما له يقتضي ان له ذلك كما ذكروه في بدل الحيلولة فلاحظ
وتامل والله اعلم وعن الايضاح ان الاصح ضمانه اقصى القيم
من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة لتوقف يقين البراءة

عليه

عليه واخذا له باشق الاحوال كما قيل وفيها ما لا يخفى ضرورة ان
والاصل مقدم على الاخذ باشق الاحوال ذلك خصوصا مع
عدم العثور على موافق له كما اعترف به بعضهم مع انه لا يخفى
لا على القيم مع كون المغصوب من المثليات المضمونة بمثلها
وانما تدفع القيمة بعد تلف العين وتعذر المثل والتزام وجوب
دفع اعلى القيم ح لا يرجع الى مدرك معتبر فلاحظ وتدبر
والله اعلم وقد يقال بضمان القيمة وقت الاعواز بل عن
المفاتيح حكايته قولا لانه هو وقت الانتقال اليها وضعفه ظ
لانه لو كان كذلك لم يجب عليه تسليم المثل لو تمكن منه بعد ذلك
لاستقرار القيمة في الذمة والاصل بقاؤها والتالي باطل كما
قطع به بعضهم اللهم الا ان يمنع استقرارها فيها ويدعى شغلها ظاهرا
بعدم وجود المثل بعده كما في نظائره ولكن قد يدفع بان
اصالة البقاء كافية في اثبات ذلك ح ودعوى العلم بعدمه عهدتها
على مدعيها نعم قد يمنع اصل الانتقال اليها ويلتزم بوجوب
دفعها عن المثل الذي هو في الذمة على نحو ما مر من الوجه الاتي في
المناط فيهما كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم ويحتمل ضمانه لاعلى
القيم من يوم الغصب الى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة المثل
لان الواجب هو المثل مع وجوده عند الوفاء مع فقده عنده

قيل

يجري مجرى ما لا مثل له فوجبت القيمة ولان الذي تلف على المالك
هو نفس المغصوب لا مثله فله قيمة نفس المغصوب لا قيمة مثله
كما قيل وضعفه ظاهر من وجوه شتى لا تخفى على ذوي البصائر المتأملين
جداً والله اعلم ويحتمل ضمانه لاعلى قيم المثل من يوم التلف
الى يوم التعذر لان الواجب على الغاصب انما هو المثل عند
تلف المغصوب فهو الذي في ذمة الغاصب فلما تعذر انتقل
الحكم الى قيمته ولا وجه للرجوع الى قيمة المغصوب فاذا انتقل
الفرض الى القيمة وجب اعلى قيمه لا نفس المغصوب وضعفه ظاهر
كاحتمال لزوم اعلى قيم المثل من حين التعذر الى حين دفع القيمة
لان التعذر هو وقت العدول عن المثل الى القيمة فيجب
الاعلى منه كما قيل وكاحتمال لزوم اعلى القيم من وقت الغصب
الى وقت التعذر لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب في
انه كان مأمورا بتسليم المثل كما كان مأمورا برد العين فاذا
لم يفعل غرم اقصى قيمته في المدة على نحو القيميات ولا نظر
الى ما بعد التعذر كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب في القيميات
كما قيل الى غير ذلك من الاحتمالات التي للائمة منهم في التعرض
لها بعضهم رجوعها الى مدرك شرعي والعبرة بالاعتبار
عندنا فتدبر جيدا والله اعلم ويحتمل لزوم اقل القيم في جميع هذه
الاحتمالات اقتصارا على المتيقن ونفيا للزائد بالاصل المقدم

على

على الاحتياط فافهم ذلك فتدبر جيدا والله اعلم وفي المسالك
وغيرها انه لو غرم قيمة المثل ثم قدر عليه لم يرد القيمة بخلاف
ما لو قدر على العين بعد دفع القيمة والفرق بينهما ان المثل انما
وجب لتعذر البدل والتعذر باق فلا يثبت فيه الاسترداد
بخلاف ما لو قدر على العين فان القيمة انما كانت للحيلولة فاذا
قدر على العين الحق وجب الاسترداد لان دفع القيمة انما كان
للمحافظة على حق المغصوب منه وقد يورد عليه بان دفع القيمة
هنا قد يكون للمحافظة على حقه ايضا لانها عوض شرعي فترتب
عليه فانه لا دليل عليه اصالة عدمه و [illegible] الاجماع عليه
[illegible] على مدعيها ثم لو رضي المالك بما [illegible] به كان من الوفاء
بغير الجنس بالتراضي ولا اشكال فيه ومثله قد يجري في العين الغير
باجراء عقد بينهما او معاطاة او نحو ذلك الا ان دائرة الرضا
عن المثل بالقيمة اوسع من ذلك لكفاية مطلق الرضا بها في برائة
ذمة من عليه الحق كما يجوز ابراؤها منه بخلاف العين فانه لا يجوز تملكها
الا بسبب شرعي كما هو محرر في محله فلاحظ وتامل والله اعلم قال رحمه الله

بغير عوض اصلا ٢

ولو اعوز فحكم الحاكم بالقيمة فزادت او نقصت
لم يلزم ما حكم به الحاكم وحكم بالقيمة وقت تسليمها
لان الثابت في الذمة ليس الا المثل اقول

لا يستفاد التأمل في ذلك لاحالة عدم انحصار الحق بما حكم به الحاكم بل قد يقال
تعذر الحكم به اذ اقصى ما يتصور الزامه بدفع القيمة عند طلب
المالك لحقه وح فان ادى الغاصب القيمة التي امر بها وفرض
برائة ذمته من المثل بقبوله غير جنسه فورا فلا تتصور الزيادة
او النقيصة بعده على وجه يترتب عليه حكم لعدم بقاء حق
له على الغاصب وعدم حق للغاصب عليه اصلا وان تأخر الاداء
فقد تزيد القيمة او تنقص ولا اثر لحكم الحاكم في ضبط القيمة
التي قد حكم بها لانها انما كانت من جهة الوقت لا من جهة حكم
الحاكم بها اذ لا اثر له في تبديل المثل الذي في الذمة بالقيمة بل هو
باق فيها على حاله ولا تتبدل بالقيمة الا بالرضا به بعد التسليم
لها والا لم يجز المثل بعد حصوله لان الذمة حينئذ مشغولة بها دونه
وذلك باطل قطعا او اجماعا فقد يقال بان لا نظن التزام بعضهم
بذلك لوضوح ضعفه وكشف عنه انا لا نعثر على خصم منا في ذلك
ولعله من العامة الذين يلتزمون بان الحكم يبدل الموضوعات
الى مرجحية الآلة قد يلتزمون بذلك ايضا وعن الشيخ ان له
المطالبة بقيمته يوم القبض ولا اعتبار بحكم الحاكم به والامر سهل والله العالم
تنبيهات الاول لو اتلف الغاصب مثليا وظفر به المالك في
غير مكان الاتلاف فقد يقال بان له الزامه به في ذلك المكان
وان كان هو فيه اعلى قيمة من مكان الغصب وكان حمله
يحتاج الى مؤنة كثيرة وفاقا للمحكي عن الفاضل وولده
والشهيد

والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم محتجين عليه بانه هو الذي
يقتضيه عدل الاسلام والادلة واصول المذهب وبانه وجب
رد المظلمة فورا ولا ترتب مصلحة من او حقيق بان تؤخذ
باشق الاحوال كما اشتهر في كلامهم وبعموم تسلط الناس على اموالهم
الثابتة لها في ذمة الغاصب وغيره وبان ذلك كما لو نقل الغاصب
المغصوب الى مكان بعيد تزيد فيه قيمته زيادة كثيرة فانه
لا ريب في ان للمالك اخذها منه فيه ويجب عليه دفعها اليه فورا
ولا يلتفت الى مشقة حمله وبذل الاموال الكثيرة قطعا بل اجماعا
او ضرورة ولا فرق بينه وبين المثل المزبور عند التأمل ودعوى
ان ذلك ضرر على الغاصب ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام يدفعها
انه هو الذي قد ادخله على نفسه مع انه قد يعارض بضرر المالك بالزامه
بتأخير حقه وعدم جواز مطالبته به مع تمكن الغاصب من دفعه
بنفسه ولو باضعاف قيمته في مكان الغصب مع تمكنه من دفع قيمته
كذلك ولا ريب في ان مراعاة ضرره اولى من مراعاة ضرر
الغاصب واولى بالمنع ما قيل من ان المكان له مدخلية في المثلية
فلا تكون الحنطة في المكان الذي ظفر به مثلا للحنطة في مكان غصبه
بل ظاهرهم الاجماع على عدمه هنا ولكن عن المبسوط انه اذا
اختلفت القيمة فللمالك قيمته في بلد الغصب لا بغيره حتى يصل
اليه ليستوفي ذلك منه للضرر المنفي ونحوه عن القاضي وان فرق

وقد يورد عليه بانه مناف لفورية الحق وبان تأخير الاداء ورد
المظلمة حرج على المالك والحرج لا يزال بالحرج بل قيل بانه اذا
تعارض الحرجان فالترجيح لنفي حرج المالك اذ الحرج المنفي
انما هو من تشريع الحكم والغاصب هنا هو الذي قد ادخله على نفسه
الى غير ذلك مما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم الثاني لو كان المثل
في المكان الذي ظفر به المالك اقل قيمة من مكان الغصب وبذله
الغاصب فقد يقال بوجوب قبوله عليه على نحو العين مع وجودها
في ذلك المكان لانه حقه وماله ورفض بقائه في ذمة الغاصب ضرر
عليه وهو منفي آية ورواية كما قيل وقد يقال بعدم وجوبه
كما هو صريح بعضهم للاصل ولان ذلك حقه فله ان ينفيه خصوصا
مع تضرره بذلك مع ان مراعاته اولى من الغاصب كما هو واضح
فتدبر جيدا والله اعلم الثالث لو خرج المثل عن المالية في زمان
او مكان وقد طالب المالك غيره برد حقه اليه فقد يقال
بوجوب دفعه الى المالك وانه لا ينتقل الى القيمة في مكان
الغصب او زمانه او غيرهما من الازمان والاماكن التي لم
يكن فيها قيمة ولو قليلة للاصل ولاطلاق معقد الاجماع
والفتاوى على وجوب المثل في المثلي من دون تفاوت في
الزمان والمكان ولاطلاق النص بوجوب المثل في المثلي
كما قيل ولان ذلك من التلف على المالك على نحو ما لو كانت
عليه

عين المغصوب باقية عنده فدفعها الى المالك في زمان
او مكان لا قيمة لها فيه فانه لا فرق بينهما معتدا به قاضيا
باختلاف حكمهما شرعا ولكن في القواعد انه يحتمل ذلك و
يحتمل ان عليه قيمة المثل في ذلك الزمان او المكان وعن
الدروس قوة الثاني وعن جامع المقاصد نسبته الى الاصحاب
وعنهم وانه لا محيد عنه وعن التذكرة والايضاح تجويزه
وقد يستدل عليه بانه لا قيمة له اصلا كما هو المفروض فيخرج
ح عن كونه واجبا فتتعين بذل القيمة ح في مكان التلف
او زمانه فلو بقي فيه قيمة وان قلت فالمثل باق على حاله
كما نص عليه كثير منهم الا ان المانع لخروجه عن الوجوب مستظهر
فتدبر وقد يقال بانه يجب على الغاصب قيمة اقرب الاماكن
الى المكان الذي لا قيمة له فيه لاصالة براءة ذمته من الزائد
عليها بعد تسليم الانتقال الى القيمة بمعنى خروجه عن المالية
كما هو المفروض لا لان تلك القيمة القليلة في ذلك المكان
قد جعلها الشارع بدلا عن المثل الذي في الذمة لعدم الدليل
على ذلك فالمانع له مستظهر بل قيل بان المتجه ضمان المثل
في ذلك المكان لا قيمة فيه وهو جيد مع صبر المالك الى
الوصول اليه واما مع مطالبته بحقه في المكان الذي لا قيمة

له فيه ومع وجوب ردّه عليه فيه فلا طريق للغاصب نحو ادائه
الا دفع المثل الذي لا قيمة له فيه او ردّ قيمته في مكان
الغصب او مطلقا مع تسليم بطلان الاول وانه لم يكن
دليل على تعيين قيمة مكان الغصب وغيره تعين التزام
وجوب قيمته في الجملة فما ترددت بين قيم كثيرة فاقلها
لازم والزائد عليه منفي بالاصل كما في نظائره ودعوى
انه لما كان مثله في الشط لا قيمة له في العدول الى قيمة
مثله الآخر غير معقول فتعين الرجوع الى قيمة عين
المغصوب في زمانه او مكانه يدفعه انه لا دليل عليه بل ظاهر
الادلة خلافه لوضوح اشتغال الذمة بالمثل حال التلف
وان اختلف باختلاف الازمنة والامكنة في القيمة ولا
دليل على دعوى اشتغال ذمة الغاصب بالقيمة بل مقتضى
الاصل خلافه كما قيل اللهم الا ان يدفع بما قيل من ان
الضمان حقيقة انما هو بالقيمة او بالمثل في المالية والمفروض
انه لا مالية في المثل هنا فلا يتحقق به الضمان كما لا يتحقق
فيه سائر المعاوضات كما قيل ولكن قد ينبغي عنه بان ذلك
مع تسليم في نفسه انما يمنع من ابتداء الضمان في القيميات
لا مع استدامته فيها ولا في المثليات التي هي عينه له
الاعيان

٢ مكان ص
الاعيان المغصوبة التي ترد الى اربابها في مكان او زمان
لا قيمة لها فيه بخلاف غصبها او زمانه والضرر على المالك
مشترك بينهما كما هو واضح كوضوح ان للمالك الامتناع من
قبوله مع بذل الغاصب له للاصل الا ان عدم المعارضة وجه
ان الشك في شغل الذمة بوجوب قبول الحق ممن هو عليه مثل
الغاصب في مثل هذا الحال كما يظهر مما مر في بذل ما هو اقل
قيمة من مكان الغصب بل المقام اولى منه بعدم القبول
قطعا فلاحظ وتدبر والله العالم الرابع قال الفاضل في التذكرة
ومهما غرم الغاصب المثل المتلف لتعذر المثل القيمة عند اعواز
ردّ ح
المثل ثم وجد المثل قبل اخذ المالك القيمة وطلب المثل الاقرب
المنع لبراءة ذمة الغاصب باداء بدل المثل فلا تعود الذمة
مشغولة بالمبدل كما لو صام الفقير شهرين لكفارة ثم استطاع
العتق بخلاف ما لو غرم قيمة العبد مثلا ثم وجده لان القيمة
ليست بدلا عن العبد حقيقة وانما هي مأخوذة للحيلولة
ولان العبد عين حق المغصوب منه والمثل بدل
حقه ولا يلزم من تمكين المالك من الرجوع الى عين حقه
تمكينه من الرجوع الى بدل حقه وفيها ايضا انه لو اخذ
القيمة في غير محل التلف ثم تراجعا فيه قبل للمالك

رد القيمة وطلب المثل وهل لصاحبه استرداد القيمة
وبذل المثل فيه الوجهان فيما اذا غرم القيمة لاعواز المثل
الا عند ذلك مما فيه وفي غيره مما يخلو من نظر او منع او
مصادرة والوجه التفصيل بين رضا المالك بالبدلية
المطلقة بما هو الغالب فتبرأ ذمة الغاصب منه وبين اخذه
بدلا عن تأخير حقه على نحو اخذ دفع نفس المغصوب اليه فلا
تبرأ ذمته المثل كما لا يملك العين بدفع قيمتها والفرق بينهما
بالاحالة والبدلية والجزئية والكلية ونحوهما غير قاض
بالفرق بينهما في هذا الحكم ودعوى الاجماع المركب على بطلان
التفصيل المزبور عهدتها على مدعيها خصوصا مع قرب حمل
كلمات القائلين بالمنع على الشق الاول كما هو غير بعيد
حملا له على الغالب فتم جيدا والله اعلم قال ره وان
لم يكن مثليا ضمن قيمته يوم غصبه وهو
اختيار الاكثر وقال في المبسوط والخلاف
يضمن اعلى القيم من حين الغصب الى حين
التلف وهو حسن ولا عبرة بزيادة القيمة
ولا نقصانها بعد ذلك على تردد اقول
لا خلاف في ضمان غير المثلي بقيمته بل الاجماع بقسميه عليه
لان ذلك هو المتبادر من ادلة الضمان عرفا ولغة ولان

قيمة

قيمة الشيء اقرب اليه في المالية التي هي المناط في الضمانات
ولثبوته في موارد كثيرة كالبغل وغيره مع عدم القول بالفصل
بينها وبين غيرها من سائر القيميات التي ليس للعقلاء اهل
العرف طريق للحكم بالمساواة فيها لمدخلية في ماليته من صفاته
الذاتية في الصنف كما قيل مؤيدا ذلك بعدم العثور على مخالف
في ذلك اصلا وعبارة الكاتب غير ظاهرة في المخالفة هنا وكذا
ما سبق من المصنف وغيره من وفاء المقترض بمثله العرفي
فان ذلك ليس من الضمان الحقيقي اصلا وانما هو نحو الوفاء
عما اشتغلت به ذمته على نحو السلم واما ما ورد عنه ص من
ضمان الاناء بمثله وضمان الطعام المطبوخ بمثله فلم يثبت
عندنا والرشد في خلاف من رواه وعمل به مع امكان
حمله على صورة علمهم برضا المضمون له بالمثل العرفي عن القيمة
التي هي حقه في ذمة الضامن او على صورة تحقق المثلية
الحقيقية فيهما كما قيل والامر سهل والله اعلم تنبيه لو لم يعلم
كون الشيء المتلف قيميا او مثليا فهل ضمانه بقيمته او
بمثله المقدور بحيث يلزم بذلك شرعا اخذا ودفعا وجهان
من اصالة الضمان بالقيمة ومن عمومات الضمان بالمثل المقدور
كالآيات ونحوها كما قيل والاحوط التراضي فيهما باحدهما وان

لم يتراضيا على ذلك وقف الوفاء على حضوره منهما أو على
رفض صاحب الحق بأحدهما فيجب على الآخر إجابته
مقدّمة لأداء الحق الواجب عليه فوراً بمجرّد
مطالبة صاحبه ولا يجب عليه قبول ما يختاره من
عليه الحق للأصل وغيره وإنّما يجب عليه قبول نفس حقّه
المعلوم مع دفعه إليه كما في نظائره فتأمّل جيّداً والله أعلم
وأمّا وقت القيمة فقد اختلفوا فيه على أقوال ووجوه
وقد نقل كثير منهم على أنّه قيمة يوم غصبه كما عن المقنعة
والمراسم وموضع من المبسوط والنهاية والنافع وكشف
الرموز بل والتحرير والإرشاد ونحوها كما قيل وعن التحرير
أنّه مذهب الأكثر لأنّه أوّل وقت دخول المغصوب في عهدة
الغاصب وضمانه والضمان إنّما هو للقيمة فيقضي بالغصب
حالة ابتدائه كما قيل وقد يورد عليه بأنّ الحكم بضمانه
إنّما هو بمعنى أنّه لو تلف لوجبت القيمة بدلها لا أنّه
يجب قيمته حتّى فإنّ الواجب ما دامت العين باقية
إنّما هو ردّها ولا تنتقل إلى القيمة إلّا مع التلف فلا
يلزم من الحكم بضمانه على هذا الوجه اعتبار قيمة ذلك
الوقت كما هو واضح بأدنى تأمّل وقد يستدلّ عليه بصحيح

أبي ولّاد

أبي ولّاد الدالّ على ضمانه قيمة البغل يوم مخالفته وعدوانه
وتعدّيه فيه وذلك هو يوم الغصب كما قيل مؤيّداً بنسبته
إلى السرائر والجامع والقواعد والتحرير والإيضاح وغيرها
وهو صريح المتن في كتاب الإجارة بل في المسالك نسبته
إلى الأكثر بل ربما نسب إلى المشهور ولكن المناقشة في الدلالة
على ذلك مستظهر بل لعلّه ظاهر في عدمه كما اعترف به كثير
منهم إذ قد يستظهر منه تعلّق يوم المخالفة بالفعل المدلول
عليه بقوله عليه السلام نعم فيكون المعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة
البغل لو عطب بمعنى أنها تتعلّق بك في ذلك اليوم
وحينئذ فتحديد القيمة ووقتها غير مبيّن فيه فلا ينافي ما دلّ
ضمانه بقيمة يوم التلف أو أعلى القيم أو غير ذلك
كما هو واضح وقد يستشهد على إرادة ذلك بقوله عليه السلام عليك
قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه فإنّه ظاهر
في اعتبار القيمة يوم الردّ لا يوم الغصب وعدم القائل
بذلك غير مناف للشهادة المذكورة على نفي إرادة يوم
الغصب كما قيل ولكنّه في غير محلّه إذ لا عبرة بالشاهد مع
شذوذه وعدم العمل به أو مخالفته للإجماع المركّب أو
البسيط كما هو واضح هذا مع أنّ في بعض نسخ التهذيب المعتبرة

خال عن لفظ يوم وح فتسقط الشهادة المزبورة وعلى
تقدير وجودها كما في اكثر النسخ المعتبرة فقد يكون متعلقا
بعليك فلا يكون يوم الرد مناطا للقيمة ولا يكون
هذا الخبر متعرضا لوقتها اصلا فتدبر هذا كله مع ان مورده
التعدي في العين المستاجرة ولا قطع بعدم الفرق بينها
وبين غيرها ولا اجماع على عدمه ايضا كما لا يخفى على من
لاحظ كلامهم في كتاب الاجارة والغصب وغيرهما هذا
مع فرض حمله على صورة عدم تفاوت قيمة البغل
من حين الكراء الى حين رده او تلفه كما يشهد له
اقامة البينة على ذلك والعمل بمقتضاها وح فلا يكون
متعرضا لصورة اختلاف القيمة بحسب اختلاف الاوقات
فلا يكون شاهدا لاحدهما اصلا فتدبر جيدا والله اعلم وقد
وقد يستدل عليه ايضا بمقتضى القيمة يوم الغصب وبنفي
الضرر على المالك مع فرض قلة القيمة يوم التلف كما قيل
وضعفهما من ظاهر كما لا يخفى على ذوي البصائر فتدبر جيدا
والله اعلم وقيل بضمانه اعلى القيم من حين الغصب الى
حين التلف كما عن المبسوط والخلاف والنهاية والوسيلة
والغنية والسرائر والايضاح واللمعة والمقتصر والتذكرة
وشرح الارشاد والمسالك والروضة والكفاية والدروس
وغيرها

وغيرها وان كان في بعضها على اشكال ونحوه بل ربما نسب الى
الاشهر او الى الاكثر بل الى المشهور بل الى علمائنا وقد يستدل
عليه مع ذلك بانه انسب بعقوبة الغاصب المؤاخذ باشق
الاحوال وبانه مضمون عليه في جميع احواله التي منها حالة اعلى
القيم وبانه لو تلف فيها لزمه ضمانها فكذا بعده وبالاحتياط
اللازم في امثال ذلك وبنفي الضرر على المالك الى غير ذلك
مما هو واضح الضعف كما اعترف به كثير منهم وفي المسالك
وغيرها ان العمدة انما هو دلالة صحيح ابي ولاد على ذلك
قيل ولعله لقوله او يلزمك صاحب البغل بشهود الخ
او لان يوم المخالفة متعلق بيلزمك فيكون المعنى ان
ابتداء الضمان من ذلك اليوم الى يوم التلف فيقتضي الاعلى
منه ح بل وكذا لو جعل متعلقا بالقيمة يكون المراد منه ذلك
ايضا لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين فيكون
الحاصل انه يلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة الى يوم
التلف فيندرج فيها اعلى القيم فيكون لازما عليه فاذا ثبت
ذلك في مورده ثبت هنا بطريق اولى قطعا كما قيل ولكن
المانع لذلك كله مستظهر بل لا اشعار فيه بشيء من ذلك كما اعترف
به بعضهم خصوصا مع الاعتراف بدلالته على ضمان قيمة يوم المخالفة

والغصب كما وقع لثاني الشهيدين وغيره ودعوى انه قد دل
على ذلك وعلى قيمة يوم الرد ويوم حدوث العيب ويوم
الاكتراء ولا يتم امثال ذلك الا باداء الاعلى من ذلك كله
يدفعها انه مع تسليم ذلك كله فلا ريب في كون المورد
من موارد جريان الاصل لا من موارد قاعدة الشغل
كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم وقيل باعتبار قيمة يوم
التلف كما عن القاضي في المهذب والفاضل في جملة من
كتبه والشهيد والمقداد والمحقق الثاني والمقدس
وغيرهم بل نسبه الشهيد الى الاكثر لان يوم التلف
هو يوم الانتقال الى القيمة والا فقبله مكلف برد
العين من غير ضمان لنقص القيمة السوقية اجماعا
واحتمال عدم الانتقال الى القيمة حين التلف وان
كان هو وقت الانتقال الى مطلق القيمة المحتمل كونه
قيمة يوم الغصب او قيمة يوم التلف او الاعلى منهما او
غير ذلك مدفوع بان المنساق من ادلة الضمان
والتأدية انما هو شغل ذمة الغاصب والضامن
بقيمة يوم التلف وان التأدية التي هي الغاية في النص
وغيره لا تصدق عرفا الا بذلك كما ان البدلية المعلومة
لغة وعرفا وشرعا لا يتحقق الا بذلك لا بالقيمة التي
عليها

في القول باعتبار قيمة يوم التلف

عليها كما قيل وذلك لان القيمة في وقت التلف هي التي
تعد عوضا عن العين ولذا لو دفعها اليه في ذلك
الوقت قبل تلفه لبرئت ذمته من المظلمة قطعا فكذا
لو دفع قيمتها في ذلك الوقت بعد تلفها فيه لاتحادهما في
المالية التي هي المناط في اداء الحق ورده الى صاحبه عرفا
وشرعا كما قيل وضعفه ظاهر اذ ليس في الادلة الشرعية
لفظ ينساق منه ذلك بحيث يكون حجة شرعية يتعين
العمل بها وانما المعلوم اجماعا انما هو الانتقال بعد التلف
الى القيمة في الجملة بدلا عن العين وذلك لا يقتضي
تعين قيمة يوم التلف او قيمة يوم الغصب او اعلى
القيم او اقلها او غير ذلك والمرجع في ذلك انما هو
الى الاصول والقواعد وقد تبين مما ذكرناه كله ان
مقتضى الاصول لزوم الاقل ودعوى الاجماع المركب
على عدمه عهدتها على مدعيها كدعوى الخروج عنها بالاحتياط
ونفي الضرر ونحوهما مما سبق نعم قد يدعى دلالة الصحيح على
تعيين قيمة يوم التلف لان المتبادر منه انه يلزمك
يوم المخالفة قيمة البغل عند غصبه الا ان المتبادر

المزبور ممنوع بل لعل الظاهر منه انه يلزم من يوم قيمة
البغل لو عطب فكانه عم قال لو عطب لزمك فعلاً
قيمته يوم العطب اعني يوم الغصب اي اعلى القيم او
اقلها ولا دلالة فيه على تعيين شيء من ذلك بعد من الوجوه
بل قد يدعى عدم امكان تعلق الظرف بيلزمك لان
لفظ بغل مضاف الى يوم فالفتح فلا يكون متعلقاً
بيلزمك اصلاً كما قيل الا ان ذلك ضعيف بانه يخالف
لفهم كافة المحدثين والفقهاء لانهم قد رووه بالالف
واللام او جعلوه منوناً منكراً ولم يروه احد منهم
بدونها مضافاً غير منون كما لا يخفى على من لاحظ كتبهم في
الفقه فلاحظ ولا تغفل والله اعلم واحتمل او قيل
بضمان اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الرد كما هو محتمل
المتن بل ربما نسب الى المشهور ومال اليه بعض من تاخر
لنفي العسر ولان الغاصب مضمون بمثله القصوى فعند تلفه
يضمن مثله وح فتعتبر قيمته ايضاً الى يوم الرد ولكن في
ان الاجماع المحكي عموماً او خصوصاً على عدم ضمان القيمة
السوقية يدفع هذا الوجه المبني عليه هذا القول مضافاً الى
شذوذه وندرة القائل به اذ لم يحك القول به الا
عن المصنف في احد قوليه وكافة الاصحاب على خلافه لان
الواجب

الواجب هو القيمة حين الحكم بها استقرت ولا عبرة بزيادة
القيمة ولا نقصانها بعد التلف وفيه ان ذلك انما يتم
على تقدير ضمانه بالقيمة ولكن المصنف قد يمنع من ذلك و
يلتزم بضمانه بمثله القصوى فيتجه ح ضمانه بالقيمة العليا
الى زمان الرد كما فهمه منه الشهيدان وغيرهما ولكن مع
تسليم ذلك فهو انما يتجه ضمانه لنفس المثل بعد التلف ولا
ينتقل الى القيمة مع امكانه نعم لو تعذر المثل اتجه الانتقال
الى القيمة او الى اعلى القيم الى زمان الرد مطلقاً فتح فرعين
تحقيقه وفي الرياض ان المسألة محل اشكال والاحتياط
يقتضي المصير الى مختار المصنف لكن على سبيل الاستحباب واما
الاحتياط الواجب لتحصيل البراءة اليقينية عما اشتغلت به
الذمة فمقتضاه المصير الى القول الاخير وانما لم يجب الاحتياط
في الوجه الرابع مع جريان دليله فيه لظهور الاجماع من الكل
على خلافه وقد يورد عليه بمنع وجوب الاحتياط لانه مطلق الرجوع
دوران الامر بين التكليف بالاقل او بالاكثر وذلك من
موارد الاصل عندهم ولو سلمنا ذلك لما اتجه المصير الى لزوم الاعلى
بالرابع ايضاً اذ لا اجماع بسيط على خلافه قطعاً خصوصاً
بعد انتشار الوجوه والاقوال وبعد تردد المصنف فيه فهذا محتمل

النافع وبعد مصير بعض الاوصاف اليه وعدم العثور
على شرذمة عند المصنف غير قاض بالاجماع على خلافه
كما هو واضح ودعوى ان اصالة عدم وصول الحق الى المستحق
واصالة عدم براءة الظالم من مظلمته بما سوى ان جهة
البراءة من الزائد مدفوعة بانه لا تعارض بينهما اصلا لان
الاقل المدفوع الى المغصوب منه حق له قطعا وقد وصل
اليه فلا وقع لاصالة العدم فيه ولم يعلم بثبوت حق آخر
له على الغاصب كي يستصحب بقاؤه ويكون الاصل عدم وصوله
الى صاحبه كما هو واضح كوضوح سقوط ما قيل من ان اصل البراءة
لا يشخص قيمة يوم التلف اذ لعله يوافق قيمة يوم
الغصب فانه لا باس بالتزامه ايضا كما سبق واولى بالسقوط
ما قيل من تعين اعلى القيم لعدم القطع به من جهة معروفيته
بين الاصحاب حتى انه لم يذكر لزوم قيمة يوم التلف في
عند القدماء وغيرهم فضلا عن كونه قولا لكثير منهم او
لاكثرهم وان كان هو لا باس به بناء على اعتبار مطلق الظن
كما هو حجة ثم ذمنا الفهم الا ان يمنع حصوله ايضا فتامل
جيدا والله اعلم تنبيه قد نص كثير منهم على ان هذا الخلاف
انما هو في اختلاف القيمة السوقية واما اختلافها من جهة
النقص الحادث ببعض العيوب فلا ريب في ضمانه له
لأرشه

لأرشه بل الاجماع بقسميه عليه وصحيح ابي ولاد ناطق به
كعموم ادلة الضمان الشاملة لتلف الكل والبعض في القيمة
وح فان رد المغصوب مع ارشه فلا بحث وان رد
ارشه وبقي المغصوب معيبا عنده حتى تلف ضمن قيمته
يوم تلفه او اعلى القيم السوقية من حين تعيبه الى حين
تلفه او اقلها كذلك ولا على ان الضمان قيمته يوم غصبه الذي
قد كان فيه صحيحا وقد وصل اليه ارش عيبه وان لم يرد
اليه الارش حتى تلف في يده فالمتجه دفع الارش اليه
لاستقراره في ذمته قبل التلف مع قيمته معيبا حين
تلفه او الاعلى او الاقل كما سبق او دفع قيمته صحيحا حيث
لا تفاوت بينهما اصلا ولكن في المسالك ما عن التذكرة ان محل
الخلاف ما اذا كان اختلاف القيمة مستندا الى قيمة السوق
مع بقاء العين بحالها اما اذا استند نقص القيمة الى النقص
في العين ثم تلفت فان الاعلى مضمون اتفاقا لان ذلك
الجزء الفائت مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة بخلاف
زيادة السوق وكان مراده ضمان ارش النقص وقيمة
العين حال التلف كما قيل وفيه ان ضمان الارش غير مستلزم

كذا

وان لم يعب العين صح

لضمان الاعلى دائما الآن يراد به مجرد ذلك فتأمل
والامر سهل والله اعلم قال ره والفضة والذهب
يضمنان بنقد البلد كما لو اتلف ما لا
مثل له اقول المشهور في المسالك وغيرها انهما من
المثليات مطلقا وان كانا غير مسكوكين سواء كانا مصوغين
ام لا لان اجزائهما مما لا تختلف في القيمة اما مطلقا
او مع تفاوت صفاته ويمكن جريانه على باقي التعريفات
لانه موزون ويصح السلم فيه ويجوز بيع بعضه ببعض في الجملة
ولا فرق فيه بين المضروب وغيره اذا لم يكن فيه صنعة
او كانت محرمة كما قيل وعن الشيخ انهما قيميان لخروجهما
عن التعريف المعروف الذي اختاره في المبسوط لا
لاختلاف المضروب منه في الصفات الموجبة لاختلاف
القيمة فلا يندرج في تعريف الشيخ الذي هو تساوت قيم
اجزائه كما سبق اولا واصالة الضمان بالقيمة الا مع الاجماع
على كون نحو المغصوب مثليا فيضمن بمثله او على ضمانه
بالمثل الصوري وان كان قيميا ولا اجماع هنا قطعا لا
على الوجه الثاني كما لا يخفى على المتتبع لكلماتهم ودعوى
القطع بعدم الفرق بين الذهب والفضة وبين الحبوب
ونحوهما مما اجمعوا على كونها مثليات وعلى ضمانها بمثلها

الا على الوجه الاول وفيه

مع

في الخ

من صنف ونحوها عهدتها على مدعيها خصوصا بعد ما في
من انه اذا غصب ما لا مثل له وتلف فان كان من جنس
الاثمان فان لم يكن فيه صنعة كالنقرة فان خالف جنس
نقد البلد مثل ان اتلف فضة وغالب نقد البلد
ذهب او اتلف ذهبا وغالب النقد دراهم قال
الشيخ عليه قيمته من غالب نقد البلد كما لو اتلف ما لا مثل له
والوجه انه يقضي بالمثل لانه مثلي وهو اختيار ابن ادريس
الى آخر ما فيه مما هو كالصريح في قلة المتعرضين لذلك
وفي ان محل البحث مختص بغير المسكوك من الذهب والفضة
وفي المبسوط انه ان غصب ما لا مثل له ومعناه ما لا تتساوى
اجزائه ان لا تتساوى قيمة اجزائه فلا يخلو من احد امرين
اما ان يكون من جنس الاثمان او من غير جنسها فالاول
لا يخلو اما ان يكون فيه صنعة او لا صنعة فيه فان كان اثمانا
كالنقرة فعليه قيمة ما اتلف من غالب نقد البلد ثم لا يخلو
نقد البلد من احد امرين اما ان يكون من جنسه او من غير جنسه
مثل ان اتلف فضة وغالب نقد البلد دنانير او اتلف
ذهبا وغالب نقد البلد دراهم فعليه قيمته من غالب نقد
البلد كما لو اتلف ما لا مثل له وان كان غالب نقد البلد من

نظر

جنسه مثل ان التلف فضة وغالب نقد البلد دراهم
فان كان الوزن والقيمة سواء اخذ وزنها من غالب
نقد البلد وان اختلفا وكانت قيمتها اكثر من وزنها
من غالب نقد البلد او اقل من وزنها فعليه قيمتها
لكنه لا يمكن اخذ ذلك من غالب نقد البلد لانه ربا
فتقوم بغير جنسه ويؤخذ قيمته ليسلم من الربا ويأخذ
كمال حقه الى آخر ما فيه مما هو كالنص في ان محل البحث
انما هو غير المسكوك من الذهب والفضة وفي ان الشهرة
على كونهما مثليين فضلا عن كونهما اجماعيين ثم قد
يدعى الشهرة المتأخرة على ذلك الا انها لا ترجع الى
مدرك معتبر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره ولو
تعذر المثل فان كان نقد البلد مخالفا
للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد وان
كان من جنسه واتفق المضمون والنقد
وزنا صح وان ٢ احدهما اكثر قوم بغير
جنسه ليسلم من الربا ولا يظن ان الربا
يختص بالبيع بل هو ثابت في كل معاوضة على
ربويين متفقي الجنس اقول هذا التفصيل واضح

٢ كان من

على راى الشيخ

على راى الشيخ لان القيمة التي يضمنان بها هي نقد البلد
فقد يكون مخالفا للتالف في الجنس فيجوز دفعه الى المالك
مطلقا وان اختلف في الوزن لفقد شرط الربا فيهما
كما هو واضح وقد يكون موافقا له فيه فيجوز مع اتفاقهما
في الوزن لانتفاء الربا فيه واما مع اختلافهما في
الوزن ففي جوازه قولان مبنيان على اختصاص الربا
بالبيع فيجوز او ثبوته في جميع المعاوضات الاختيارية
ومنها هو فلا يجوز كما قيل وعليه منع ظاهر لامكان منع
كون ذلك من المعاوضات الاختيارية وانما هو من
الضمانات والغرامات الشرعية التي لا مدخلية للمكلف
فيها اصلا ودعوى ان ادلة حرمة الربا شاملة لذلك
ايضا واضحة المنع كدعوى ان ذلك من المعاوضات
الاختيارية حقيقة لان الذي في الذمة انما هو المثل و
تبديله بالقيمة انما يكون بتراضيهما لا بحكم الشارع عليهما كما
قيل فانها واضحة المنع ايضا ولو سلمت فالمتجه هو المنع
في ذلك الا انه في غير محله فتأمل جيدا والله اعلم واما على
راى المشهور بين المتأخرين فغير واضح بل من الواضح

عدم جريانه لعدم امكان الجمع بين تعذر المثل وبين
ضمانه بنقد البلد الذي هو من جنس التالف فيكون
مثلا له فيقضي به ووجود الشبهة عندنا نوع من المثلية
عندهم ولو من جهة امكان ازالتها وجعله مثلا
للتالف بتكسير او غيره هذا وقد يقال ان التعارض
بين ادلة حرمة الربا وادلة الضمان بالقيمة مطلقا
او مع تعذر المثل انما هو بالعموم من وجه فيصار الى
الترجيح بينهما ولعله للاولى فيخص به الثانية لاتجه
الجواز ولولا حل وغيره الآن ذلك كله تعسف
بين فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره ولو كان
في المغصوب صنعة لها قيمة غالبا كان
على الغاصب مثل الاصل وقيمة الصنعة
وان زاد عن الاصل ربويا كان
او غيره ربويا لان للصنعة قيمة تظهر
لو ازيلت عدوانا من غير غصب
اقول اما بناء على انه من القيميات كما في الذهب والفضة
على راي الشيخ فلا اشكال في ضمانه بالقيمة والبحث

في الربا

في الربا على ما سبق فان ذلك من جزئياته واما بناء
على انه من المثليات كما هو خيرة اكثر المتاخرين فيها ايضا
فقد اختلفوا فيه على قولين احدهما بقائه على المثلية
فيقضي بمثله صنفا ووزنا ويقضي بقيمة الصنعة عادة
كما لو اتلف نفس الصنعة بدون غصب للعين ولا
مجال لتوهم الربا في ذلك لانه لا معاوضة فيه صرح بين متفقي
الجنس كما هو المفروض وهذا هو خيرة المبسوط والسرائر
والتحرير والارشاد وموضع من التذكرة وغيرها كما قيل
وثانيهما انه يصير قيميا كما هو ظاهر المسالك وغيره و
من موضع آخر من التذكرة ايضا فيجري فيه ح البحث
السابق فيقضي بغير جنسه او بجنسه مع تساويهما وزنا
حذرا من لزوم الربا فيما لو لم يتساويا وزنا وكان من جنسه
كما هو ظاهر كثير منهم او مطلقا بناء على عدم جريان الربا
في امثال ذلك كما هو غير بعيد وفي التحرير انه يشكل الاول
بلزوم الربا لصدق انه مثل بمثل مع زيادة في احدهما بل في
المسالك انه لم يخرج بالصنعة عن اصل الاتحاد ربويا وغيرهم
وانما اشتمل على وصف زائد وقد صرحوا في باب الربا

بانه لا فرق بين المصنوع وغيره في المنع من المعاوضة عليه
بالزيادة وهذا اقوى فضمانه بالقيمة اظهر على انا نمنع
بقاء المثلية فيه بعد الصنعة لان اجزائه ليست متفقة
القيمة اذ لو انفصلت لنقصت قيمتها عنها حال اتصالها
كما قيل وفي الدروس انه يحتمل ضمانه بمثله مصوغا ان
امكنت المماثلة كالنقدين او كذا بالعمل الموافق للمتلوف
عرفا فيتخلص الضامن ح باعادة الصنعة ولو باجرة
كثيرة وبذلك يسلم من الربا ودعوى ان هنا ضمانين
ضمانا للاصل ولا ربا فيه وضمانا لنفس الصنعة ولا ربا فيها
ايض كما لو ازيلت مع بقاء العين يدفعها انه لا شاهد عليها
بل لعل ظواهر ادلة الضمان على خلافها وانه ضمان واحد
ومعاوضة واحدة فان كان دليل الربا شاملا لمثلها
اتجه المنع منها والا فلا كما يظهر مما سبق وفي القواعد انه
لو صاغ النقرة حليا رده كذلك ولو كسر ضمن الصنعة
وان كانت من جهته وللمالك اجباره على رده نقرة
ولا يضمن ارش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة
بالكسر ونحوه في كثير من العبارات فانها صريحة في ضمان
نفس الصنعة مضمونة مع بقاء العين وظاهرهم الاتفاق
عليه ولعله هو الحجة مضافا الى قاعدة نفي الضرر والضرار
كما قيل

كما قيل والى قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن
كما قيل وفيهما نظر والعمدة انما هو الاجماع عليه ولكن
في التعدي عنه الى ما لو اتلف العين مع الصنعة دفعة تأمل
الا ان يتم عليه اجماع ايض فيتبع ولو قلنا بلزوم القيمة
على الغاصب فليس للمالك الزامه باعادة الصنعة
بخلاف ما لو قلنا بانه مضمون بمثله ايض فتأمل جيدا والله اعلم

قال ره ولو كانت الصنعة محرمة لم يضمن

اقول لا نعرف خلافا في ذلك من غير فرق بين اتلافها وحدها
او مع العين كما نص عليه كثير منهم بل ربما نسب الى قطع
الاصحاب لان الغاصب لا يجبر ما لا قيمة له شرعا فلا قيمة مضمونة
شرعا ولا يحل ما هو محرم بل يجب اتلافه على كل احد حتى الغاصب
منهم مضمونة على الغاصب وكونه يؤخذ باشق الاحوال مع
تسليمه في نفسه مما لا يستفاد منه نحو ذلك مما هو مخالف
للاصول كما هو واضح ولكن في القواعد انه لو اتلف آنية
الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من اباحة
القنية لغيره وعدمها وضعفه ظاهر والاولى جعل منشأه

حرمة الاتخاذ المزبور وعدمها فمع الاول لا تضمن كما
عن المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد
والدروس وجامع البرهان وغيرها وعن الايضاح
انه اولى وفي الكفاية نسبته الى قطع الاصحاب
ومع الثاني تضمن لانها كالحلي ونحوه وبذا يخالف
آلات اللهو والقمار والصليب ونحوها مما جزم
فيها ايضا بعدم الضمان من نسب الى قطع الاصحاب
وبذلك يندفع التنافي عن القواعد الا ان منشأ
الاشكال المذكور فيها قاض بالتردد في المزبور هذا
وربما يقال بان نظر الفاضل الى ان هذا الاستيلاء
مضمون لكونه عاديا لجميع ما ينقص فيه مضمون وللصنعة
في حد ذاتها قيمة وان كانت محرمة فنظر الى ما رجح كما
قيل وفيه ان امر الشارع بازالتها والزامه بها قاض
بعدم ترتب الضمان عليها عرفا وشرعا وانكاره مكابرة
هذا وربما يدفع التنافي عنه ايضا بان التحريم في الصنم
ونحوه اغلظ منه في الآنية لقاعدة تحريم اتخاذ الآنية
كما قيل وفيه ان بقاء الاغلظية المزبورة نفسها غير مجد [illegible]
بعد اشتراكهما في وجوب ازالتها شرعا على الغاصب
وغيره

وغيره فتدبر جيدا والله اعلم قال ره ولو كان المغصوب
دابة فجنى عليها الغاصب او غيره او عابت
من قبل الله تعالى ردها مع ارش
النقصان ويتساوى بهيمة القاضي
وغيره في الارش ولا تقدير في قيمة
شيء من اعضاء الدابة بل يرجع الى الارش
السوقي وروي في عين الدابة ربع
قيمتها وحكى الشيخ ره في المبسوط والخلاف
عن الاصحاب في عين الدابة نصف قيمتها
وفي العينين كمال قيمتها وكذا كل ما في البدن
منه اثنان والرجوع الى الارش السوقي
اشبه اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بل
الاجماع بقسميه عليه بل لعله من ضروريات المذهب او الدين
لقاعدة اليد بل وقاعدة من اتلف ونفي الضرر ونحوها
كما قيل ولصحيح ابي ولاد الوارد في البغل مع عدم الفرق بينه
وبين غيره من الحيوانات مع قوله ع كل مغصوب مردود

كما قيل والامر سهل والله اعلم واما الثاني فلا خلاف
فيه بيننا بل عليه اجماعنا وعليه اكثر العامة لعموم
الادلة وشمولها للجميع ولا يخفى الا ما عن احمد ومالك
من انه لو قطع ذنب دابة القاضي كان عليه كمال
قيمتها لانها لا تصلح له بعد ذلك وضعفه ظاهر كما لا يخفى
على ذوي البصائر مع ان الرشد في خلافهم كما في نظائره
واما ما عن التذكرة من انه لو غصب شيئا يتفاوت
قيمته بالنسبة الى اربابه كما لو غصب حجة بدوي او صك
فالاقرب ضمان التفاوت بالنسبة الى ربه ان
غصب منه وان غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة بل
في قيمته بالنسبة الى ذلك الغير وكذا الحكم في الخاتم
والنعل ونحوهما فلم نعثر له على شاهد بل ولا على موافق
كما اعترف بعضهم بل في الدروس النص على خلافه كما نسب
الى ظاهر الاصحاب فتامل جيدا والله اعلم واما الثالث
فهو المشهور بين المتاخرين او مطلقا كما قيل لقاعدة
اليد ونحوها مع بطلان القياس على اعضاء الانسان عندنا
ولكن قد روى عاصم بن حميد عن ابي جعفر ع انه
قال ان امير المؤمنين ع قضى في عين الدابة بربع ثمنها

ونحوه

ونحوه عن مسمع عن ابي عبد الله ع وقال ابو العباس قال
الصادق ع ان من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها
وقال ابن اذينة كتبت الى ابي عبد الله ع اسئله عن
رواية الحسن البصري التي يرويها عن امير المؤمنين ع انه
قال في عين ذات الاربع قوائم اذا فقئت ربع
ثمنها فقال ع صدق الحسن قد قال ذلك وقال محمد بن
قيس قال ابو جعفر ع قضى امير المؤمنين ع في عين فرس
فقئت بربع ثمنها يوم فقئت العين الى غير ذلك
من النصوص المروية في الاصول الاربعة بطرق فيها الصحيح وغيره
وعن النهاية والوسيلة ان في فقء عين البهيمة ربع قيمتها
وظاهرهما العمل بها في خصوص العين كما في النافع وعن الشيخ
وجماعة كما قيل وهو ظاهر عنوان الوسائل ونحوها واليه مال
بعض متاخري المتاخرين لولا ندرة العامل بها وشذوذه ولولا
اعراض المشهور او الجميع عنها بعد حكاية المصنف عن الكتابين
عن الاصحاب ترك العمل بها اليه وفي المبسوط انه روى
اصحابنا ان في عين الدابة نصف قيمتها وفي العينين كمال
قيمتها وكذلك قالوا في سائر الاطراف مما في البدن منه اثنان

ففيه كمال القيمة وفي الخلاف انه اذا قلع عيني دابة كان عليه
نصف قيمتها وفي العينين جميع القيمة وكذلك كل ما في
البدن منه اثنان ففيهما جميع القيمة وفي الواحد نصف
قيمته وقال ابو حنيفة في العين الواحدة ربع قيمتها
وفي العينين نصف قيمتها وكذلك كل ما ينتفع بظهره ولحمه
وقال الشافعي ومالك عليه الارش ما بين قيمتها صحيحة
ومعيبة دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وقد روي عن عمر
انه قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي ذلك ايضا عن
امير المؤمنين ع وهذا يدل على بطلان قول من يدعي الارش
فاما قولنا فقد بينا اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط ومن
ذلك اقرب حمل تلك النصوص على التقية لموافقتها لمن جعل
الله بينه المرتد في خلافه مع ان بعضها قضايا في واقعة فلعل
الارش في وقت القضاء ربع القيمة فقضى بذلك لذلك لا لكونه
ربعا على كل حال على نحو الديات في الانسان كما هو مقتضى القول
المزبور مع ما في الخلاف من انه اذا جنى على ملك غيره جناية لها ارش
قال الشافعي ومالك يمسك ملكه ويطالب الجاني بارشها على
كل حال قليلا كان ارش الجناية او كثيرا سواء ذهب بالجناية منفعة
مقصودة او غير مقصودة وسواء وجب بالمقصودة كمال
قيمته

الاثنين ح

يظهر ح

قيمة المجني عليه او دون ذلك وقال ابو حنيفة ينظر فيه فان لم
يذهب بالجناية منفعة مقصودة مثل ان يحرق قليلا من الثوب
او يقطع اصبعا من العبد او نحو ذلك امسكه المالك وطالب
بالارش وان ذهب بها منفعة مقصودة مثل ان حرق الثوب
بطوله او قطع يدا واحدة من العبد فالمالك بالخيار بين ان
يمسك العين ويطالب بارش الجناية وبين ان يسلم العين
بذمته ويأخذ منه تمام قيمتها الا ان قال وما عدا المملوك
من الاملاك اذا جنى عليه فليس لصاحبه الا ارش الجناية لاجماع
الفرقة واخبارهم وفيه ايضا انه اذا جنى على حمار القاضي
كان مثل جنايته على حمار الشوكي سواء في ان الجناية اذا
لم تسر الى النفس لزمه ارش العيب به قال ابو حنيفة والشافعي
وقال مالك ان كان حمار القاضي فقطع ذنبه فقد اتلفه
عليه لانه لا يمكنه ركوبه لان القاضي لا يركب حمارا مقطوع
الذنب ويفارق حمار الشوكي لانه يمكنه حمل الشوك على حمار
مقطوع الذنب ولم يقل هذا في غيرها مما يركبه القاضي مثل الثور
وغيره وكذلك لو قطع يد حماره دليلنا ان الاصل
برائة الذمة وقدر ما اوجبناه مجمع عليه والزائد عليه

يحتاج الى دليل ولكن قد يريد بالارش ما يشمل المقدر
المذكور في مقابلة المنى الظني كما ان حكمه بالارش في الذنب
غير مناف لما حكم به من كمال القيمة في الانثيين ونصفها
في الواحد وكيف كان فلم نعثر على شيء من هذه النصوص
المرسلة في الكتابين كما اعترف به كثير منهم ولكن قد يقال
بان الاجماع المذكور حجة على التقريب المذكور اذ لا
قادح فيه ممن تقدم عليه ولا ممن تأخر له لعدم ثبوت شهرة
معتبرة ممن تأخر عنه كما قيل لا اقل من ان يكون قادحا
في دلالة العمومات على ثبوت الارش بالنسبة الى هذه
الاعضاء المقدر الجناية عليها شرعا وح فيكون حكمها غير
مستفاد من الادلة الشرعية الواصلة الينا فلا بد من
الرجوع فيه الى الاصول والقواعد التي مقتضاها الاقتصار
على الاقل من الارش السوقي والمقدر الشرعي لاصالة
برائة الذمة من الزائد عليه وربما قيل بلزوم الاكثر منهما
عملا بالاحتياط الا ان الاصح عدم وجوبه في امثال ذلك
كما هو محرر في محله فلا خطاء في ما قال والله اعلم قال ره
ولو غصب عبدا او امة فقتله قاتل
ضمن قيمته ما لم تتجاوز دية الحر ولو

في دية النفس

تجاوزت

تجاوزت لم يضمن الزيادة ولو قيل يضمن
الزائد بسبب الغصب كان حسنا
ولا يضمن القاتل غير الغاصب سوى
قيمته ما لم تتجاوز ولو تجاوزت دية
الحر ردت اليه وان زاد الارش على
الجناية طولب الغاصب بالزيادة دون
الجاني اما لو مات في يده ضمن قيمته ولو تجاوزت
قيمة الحر اقول ان ضمان الغاصب القاتل للقيمة مطلقا
فهو خيرة ابن ادريس والفاضل وولده والشهيد والثانيين
وغيرهم على ما حكي عن بعضهم بل نسب الى اكثر المتأخرين بل ربما
نفى الخلاف فيه وهو مقتضى قاعدة اليد وقاعدة كل
مغصوب مردود ونحوهما ولانه يؤخذ باشق الاحوال كما قيل
ولكن عن الخلاف انه اذا قتل عبدا فعليه قيمته ما لم تتجاوز
دية الحر عشرة آلاف درهم وكذا اذا كانت امة ما لم تتجاوز
قيمتها خمسة آلاف دية الحرة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي
يلزمه قيمته بالغا ما بلغ دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم

في الفاضل الحكم بوجوب الاكثر على الغاصب

واخبارهم لا تختلف في ذلك وايضا الاصل براءة الذمة
وما قلناه لازم له بالاجماع والزائد يحتاج الى
دليل وذكره لذلك في كتاب الغصب ظاهره ان حكم
الغاصب والظاهر منه في المبسوط من انه اذا كان عبدا
نكرت فان قتله ففيه قيمته وان زادت على دية
الحر لم يلزمه اكثر من ذلك وقد اشتهر ذلك في عباراتهم
في باب القصاص والديات في مواضع كثيرة من دون
اشارة فيها الى استثناء الغاصب من ذلك الا في كلام ثاني
الشهيدين وبعض من تأخر عنه كما قيل الا انه لا ظهور
في شيء منها في شمول الحكم للغاصب من حيث كونه غاصبا فقط
فقد يكون ذلك من حيث كونه جانيا فيعم الغافل من
من الشيخ مستظهر الحكم المبسوط كلا بانه يرتفع الخلاف
فيما بينهم كما في المنع وهو جيد لمن تمسك بالاصل في نفي الزائد
على دية الحر فان ذلك لا يتم الا في نفي الزائد مطلقا لا من
جهة دون جهة كما هو واضح ولعله لذا حكم المصرح ظاهرا
بنسبته ذلك الى الشيخ وغيره بل ظاهره انه لا قائل
بخلافه قبله وقد يستدل عليه ايضا مع اجماع الخلاف
واخباره المرسلة باطلاق ما دل على الرجوع الى دية
الحر

الحر مع التي ورد عنها من غير فرق بين الغاصب وغيره كقول
الصادق ع دية العبد قيمته وان كان نفيسا فافضل
قيمته عشرة آلاف درهم ولا يتجاوز دية الحر وقوله ع
اذا قتل الحر العبد غرم قيمته وادب فقيل له ع وان
كانت قيمته عشرين الف درهم فقال ع لا يتجاوز قيمة
العبد قيمة الاحرار ونحوه من الخبر المروي وعن الانتصار
انه ارسل فيه ان العبد لا يتجاوز بقيمته دية مولاه وظاهره
عدم الفرق بين الغاصب وغيره بل ظاهر المرسل منها عدم
الفرق بين الموت والقتل ولعله ظاهر الاول ايضا كما قيل
الا ان الاجماع على خلافه بل لعل قوله ع في الاول دية العبد
ظاهر في الجناية فليحمل المرسل الثاني لاجل الجمع عليه كما ثبت
كما قيل وقد يدفع بان التعارض بين المتعارضين مع تسليم
شمولها للغاصب ومن قاعدة اليد ونحوها انما هو بالعموم
من وجه والترجيح انما هو للقاعدة بالشهرة المتأخرة وعموم اخذ
الغاصب باشق الاحوال وتغليب جانب المالية في القيمة
ونحوه ويحتمل من لا يعمل الا بالقطعيات وغير ذلك في امكان
كون التعارض بينهما بالعموم من وجه قد يشبه المكابرة فان التي

القاعدة القاضية بضمان القيمة مطلقا على الغاصب ونحوه شاملة
للعبد وغيره من الاموال من غير فرق بين تلفه بالقتل
من الغاصب او غيره او بغيره من الموت حتف انفه
وغيره شاملة لقتله بعد الاستيلاء يد عليه اصلا واما
اطلاق النصوص مع تسليم ثبوت مثل ذلك في القتل
الغاصب ونحوه ايضا فمعارض بما يرجح اطلاق المزبور
على تلك القاعدة باجماع الخلاف وغيره فيقدم
عليها وتخص به محل شئ واولى بالمنع التزام انه
اخص منها بل هو غفلة واضحة ثم يتجه ذلك لو كان مستند
المتاخرين قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن فان النصوص
المزبورة اخص منها وان كانت شاملة للغاصب وغيره ومع
فردان للمنافي وليس بينهما عموم من وجه قطعا ولكن قد يمنع
شمول المنافي للغاصب بل لعل المنساق منه غيره ولو سلم فقد
يقصر عن تخصيص عموم القاعدة المعتضدة بشهرة المتاخرين
او اجماعهم ولا يلتفت الى تاييد المنافي بما ذكروه في الجناية
على الاطراف حيث وافقوا الشيخ ره على عدم الفرق بين الغاصب
وغيره في دفع المقدر فيما لم يتجاوز دية الحر وذلك العقد
كما قيل لوضوح عدم التلازم بين الكل والبعض في الاحكام
المبتنية على تفريق المجتمعات وجمع المتفرقات كما لا يخفى

فتم

في عدم ضمان الغاصب للزائد

فتم جيدا والله اعلم واما عدم ضمان غيره للزائد على دية الحر فلا
خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص ناطقة به ولكن
على الغاصب الزيادة كما نص عليه المصنف ره وغيره لقاعدة اليد
ونحوها ثم قد يتجه عدم لزوم الزيادة عليه بناء على القول الاخر
ولا منافاة بين جزم المصنف هنا بذلك هنا وعدم جزمه به فيما سبق
ظاهرا لان مثل تلك العبارة فتوى من المصنف تادبا مع الشيخ ره
فهو جازم بها ايضا فتم جيدا والله اعلم واما ضمانه للقيمة مطلقا وان
زادت على دية الحر مع موته في يده فلا نعرف فيه خلافا كما اعترف
به بعضهم للقاعدة السالمة عن المعارض ولكن في الدروس انه
اذا كان المغصوب عبدا او امة فجنى عليه ضمن اكثر الامرين من
المقدر الشرعي والارش السوقي على قول قوي ولو مات في يده لزمته
قيمته مطلقا وان تجاوزت دية الحر عند المتاخرين خلافا للشيخ مدعيا
عليه الاجماع ولعل هذا الخلاف راجع الى الجناية لا الى الموت والا
فقد عرفت حقيقه كما اعترف به كثير منهم وفي الخلاف انه اذا غصب عبدا
فمات في يده فعليه قيمته سواء كان قنا او مدبرا او ام ولد
وسواء مات بسبب او حتف انفه وبه قال الشافعي وابو حنيفة
في غير ام الولد فاما هي فان ماتت بسبب مثل ان لدغتها عقرب
او سقط عليها حائط ضمنها وان ماتت حتف انفها فلا ضمان عليه

في جناية الغاصب على الاطراف

الدية ح

دليلنا انه مضمون بالقيمة فاذا تلف في يد الغاصب فعليه ضمانه كالفرس وايضا طريقة الاحتياط ولا يخفى ظهوره في موافقة المذهب وان احتمل فيه ارادة من القيمة وعنه ايضا التصريح بذلك بعمومها كالسرائر وغيرها فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره ولو جنى الغاصب بما دون النفس فان كان تمثيلا قال الشيخ عتق وعليه قيمته وفيه تردد ينشا من الاقتصار بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى وكل جناية ديتها مقدرة في الحر فهي مقدرة في المملوك بحساب ديته وما ليست مقدرة في الحر ففيها الحكومة ولو قيل يلزم الغاصب اكثر الامرين من المقدر والارش كان حسنا اقول اما الاول فقد اختلفوا فيه على وجوه واقوال منها العتق بالتمثيل المزبور لعموم قول الصادق ع كل عبد مثل به فهو حر فانه لا ينكر شموله لتمثيل الغاصب والمولى وغيرهما وعن الشيخ انه قال من مثل بعبده عتق عليه وح فيكون غير الموافق للقيمة لان التلف الشرعي كالتلف الحسي فيندرج في عموم من اتلف مال غيره فهو له ضامن وبذلك يخرج عن اصالة عدم الانعتاق ولا ينافيه ذكر المولى في بعض النصوص فانه لا يفيد النفي عن غيره التمثيل

غيره لا لغة ولا عرفا ولا شرعا ودعوى ان المتبادر من المرسل انما هو تمثيل المالك فقط وان البناء للمجهول انما هو للعلم بالفاعل الذي هو المولى او فحوى المنع كدعوى عدم حجية المرسل مع عدم الجابر له كما قيل فان خبر هذا المرسل حجة في نفسه على الاظهر لوجوده في الاصول الاربعة او لارسال ابن محبوب له الذي هو من اهل الاجماع على قبول مراسيله كما قيل وهو جيد لو كان هو الحسن بن محبوب والموجود في الكافي وغيره انما هو جعفر بن محبوب فلاحظ ولا تغفل ودعوى الاعراض عنه فيسقط عن الحجية محل منع بعد عمل الشيخ وغيره به كابن البراج وفخر المحققين وغيرهما حتى مثل الشهيد في اللمعة التي ذكر في اولها انه لا يذكر فيها الا المشهور بل في الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة واخبارهم هذا مع عدم تعرض الاكثر لرده صريحا بل ولا ظاهرا وان تعرض له الفاضل فلان وكثير ممن تاخر عنهما فلاحظ وتامل والله اعلم ومنها انه لا ينعتق بذلك كما هو ظاهر المحقق وغيره وعن الفاضل في اكثر كتبه تمسكا بالاصل بعد قصور المرسل عن الخروج به عنه من وجوه شتى كما قيل وفيه ما مر فتدبر ومنها انه ان كانت الحكمة في العتق بالتمثيل هي مراعاة جانب العبد وعدم اهليته لان يكون مملوكا وعدم اهلية المولى لان يكون مالكا فالمتجه العتق بذلك وان كانت

من مؤاخذة المولى على فعله به وعقوبته له على ذلك فالمتجه عدم
الفرق فيه بذلك ضعف ظاهر كما لا يخفى على ذوي البصائر ومنها
انه بالعمى ونحوه ينعتق لاطلاق نصوصه بخلاف قطع الانف
ونحوه مما لا نص عليه بالخصوص وقد سبق وكتب العتق ما له نفع
هنا فلاحظ وتأمل والله اعلم واما الثاني فقد اختلفوا فيه على
قولين احدهما لزوم اكثر الامرين من المقدر شرعا ومن ارش
القيمة السوقية كما عن موضع من المبسوط واليه صار ابن ادريس
والفاضلان وكاشف الرموز والشهيد والثاني بل عن اكثر منهم
على ما عن بعضهم بل نسب الى الاكثر بل عامة من تأخر بل الى المشهور
تمسكا بعموم قاعدة اليد ودخوله وبان الاكثر ان كان هو المقدر
شرعا فهو جان والجراح اصل العبد في ذلك نصا وفتوى واجماعا
وان كان الاكثر هو الارش فهو مال مضمون عليه كغيره من الاموال
ولا منافاة في العمل بهما معا ولو جنى غير الغاصب عليه وهو في
يده تخير المالك بين الرجوع على الغاصب باكثر الامرين و
للغاصب ان يرجع بالمقدر على الجاني لانه هو
الواجب عليه شرعا وبين الرجوع على الجاني بالمقدر والرجوع
على الغاصب بالزائد عليه عملا بدليل الجناية ودليل الضمان كما لا يخفى
والله اعلم وثانيهما لزوم المقدر عليه شرعا فقط وان نقص عن الارش
السوقي تسوية بين الغاصب وغيره كما في الارش في الجناية التي لا
مقدر لها شرعا كما عن الخلاف والارشاد ومجمع البرهان وغيرها
بل قيل بان المشهور رده مع دية اليد وهي نصف القيمة بل عن
الخلاف

والغرض

الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة واخبارهم ولعل منها ما عن امير المؤمنين عليه السلام
انه قال جراحات العبيد على نحو جراحات الاحرار في الثمن ونحوه
المرسل كما قيل وقد يستدل على ذلك ايضا بعموم النص وهو ان ما فيه
من الحر دية ففيه من العبد قيمته وعن الخلاف ايضا اجماع الفرقة
واخبارهم على هذه العبارة وعن السرائر انه ورد في الرقيق
المماليك من بني آدم نصف القيمة وكما له في المتحد في البدن
والمتعدد وذلك كله شامل للغاصب وغيره كما قيل ولكن المانع
للجميع كانه مستظهر فالاول اظهر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال رحمه الله
اما لو استغرقت قيمته قال الشيخ كان المالك
مخيرا بين تسليمه واخذ القيمة وبين امساكه
ولا شيء له تسوية بين الغاصب في الجناية
وغيره وفيه تردد اقول هذا القول ذكره في المبسوط
كما قيل كغيره وقال في الخلاف اذا جنى على عبد جناية تحيط
بقيمته كالانف واللسان والذكر واليدين والرجلين لزمته
قيمته وتسلم العبد من سيده وقال الشافعي لزمته قيمته والعبد
لسيده وقال ابو حنيفة السيد بالخيار بين ان يمسكه ولا شيء له
وبين ان يسلمه ويأخذ كمال قيمته فاما ان يمسكه ويطالب بقيمته
فليس له ذلك ولو كان له ذلك لجمع بين البدل والمبدل

جنى

دون ذلك للعبد دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وعنه ايضا
ان الذي تقتضيه اخبارنا ومذهبنا ان المالك بالخيار
بين ان يسلمه ويأخذ قيمته وبين ان يمسكه ولا شيء له
الى ان قال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وقال ايضا
فيه ايضا اذا جنى على ملك غيره جناية لها ارش قال الشافعي
ومالك يمسك ملكه ويطالب الجاني بارشها بكل حال
قليلا كان ارش الجناية او كثيرا سواء اذهبت بالجناية
منفعة مقصودة او غير مقصودة وسواء وجب بالعقوبة
كمال قيمة المجني عليه او دون ذلك وقال ابو حنيفة ينظر
فيه ان لم يذهب بالجناية منفعة مقصودة مثل ان يخرق
يسيرا من الثوب او يقطع اصبعا من العبد ونحوها فانه يمسك
عليه ويطالب بالارش وان ذهب بها منفعة مقصودة كخرق
الثوب بطوله وقطع يد واحدة من العبد ونحوهما فالسيد بالخيار
بين ان يمسك العبد ويطالب بارش الجناية وبين ان يسلم العبد
برمته ويأخذ منه كمال قيمته وهذا انما يكون في الرقيق خاصة مثل
ان يقطع يديه او رجليه او يقلع عينيه او يقطع لسانه او انفه
فالمالك بالخيار بين ان يمسكه ولا شيء له على الجاني وبين ان
يسلمه الى الجاني ويأخذ منه كمال قيمته وقال ابو يوسف ومحمد
في هذا الفصل بان السيد بالخيار بين ان يسلمه ويأخذ كمال قيمته

الرمة بالضم والتشديد قطعة من الحبل ومنه قولهم دفع الشيء برمته اي بجملته مجمع البحرين

الفصل في دية الاعضاء والاطراف وبين كذا

مقدار

وبين ان يمسكه ولا شيء له وما عدا ذلك فله ارش ما نقص منه وما
او حكومة على ما مضى القول فيه وما عدا ذلك من الاملاك
اذا جنى عليه فليس لصاحبه الا ارش الجناية دليلنا اجماع الفرقة
واخبارهم وقد ذكرناه في الكتاب المتقدم ذكره وهو كما ترى كالنص
في عدم حكاية الاجماع صريحا على القول المذكور في المتن واما
الاخبار فمنها خبر ابي مريم عن ابي جعفر انه قال قضى امير المؤمنين
في انف العبد او ذكره او شيء يحيط بقيمته انه يؤدي الى
مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد منه ونحوه خبر غياث عن
ابي عبد الله ع المراد منها مع مشخصية المورد ذلك للقطع بعدم
خروجه عن ملكه بمجرد ذلك والاجماعات على ذلك كما قيل وبان
في رده مع القيمة جمعا بين العوض والمعوض عنه وبان المضمون
مع تلف الكل انما هو جميع القيمة فلا يعقل وجوبها في البعض مع
بقاء الجملة على ملكه الى غير ذلك ولكن المانع لذلك كله مستظهر
كما يظهر مما سبق اولا من الخلاف مع ظهور عدم كون المقام من
الجمع بين العوض والمعوض الممنوع منه شرعا فانه مختص بالمعاوضات
الاختيارية ولا دليل على منعه في الغرامات والاحكام الشرعية
كما يرشد اليه ما ذكروه في الجناية على ما فيه نصف القيمة فان المالك
يأخذ مع بقاء جميع العبد على ملك سيده مع عدم الفرق المعتد به
بين المقامين كما هو واضح كوضوح انه لا مجال للعقل في الاحكام الشرعية

في دية النفس والاطراف

التعبدية ولا عبرة بالاستبعادات العقلية والعادية كما في سائر
الشرعيات ولعل لذلك او غيره تردد المصنف في اصل الحكم هنا
او في التسوية بين الغاصب وغيره مع بطلان القياس على
غيره عندنا خصوصا مع ظهور الفارق بينهما فان الغاصب قد
يؤخذ باشق الاحوال وهو ايضا مضمون عليه بقيمته السوقية او الشرعية
مطلقا وان اتلفه اجنبي او تلف بآفة سماوية وهو في يده كما هو
واضح وح فيبقى على ملك مالكه فيأخذ المقدر المقدر للجناية
شرعا من غير فرق بين جناية الغاصب وغيره لقاعدة اليد
ونحوها كما هو صريح ابن ادريس والفاضل والفخر والشهيد
والثانيان وغيرهم على ما حكي عن بعضهم لان العبد مضمون وكل عضو
منه كذلك فكل عضو يفوت منه تحت يده يلزمه قيمته السوقية
او الشرعية لمالكه مع اصالة بقائه على ملكه وح فقد يجتمع له اضعاف
قيمته السوقية بتعدد الجنايات على اطرافه التي ليس فيها تمام
قيمته عليهم وكذا بالجناية على اطرافه التي فيها تمام قيمته على
عموم ادلة الضمان والعقل لا يصل الى الفرق بينهما ودعوى
ان الشرع قد فرق بينهما لشمول اطلاق النصوص في القسم الثاني
لجناية الغاصب وغيره فيتساويان في الحكم المزبور كما يشهد به فحوى ادلة
انه لا شمول لها للغاصب من حيث الغصب وان كانت شاملة له
من حيث الجناية التي لا تعارض من جهة الغصب فيعمل بهما معا كما في
القسم الاول فلاحظ وتأمل والله اعلم ونتيجة انه لا دلالة له

ارادة النفي

وجه التردد في الاستناد الى ترجيحه هو تردد المصنف تردد المصنف في اصل الحكم بالتخيير او كون تردده بين الغاصب وغيره وما ان تردد المصنف في الحكم والشيخ لا في التسوية وعدمها

فيها

فيها على الشيخ المزبور ولا اجماع عليه ايضا كما يحكى تمام البحث فيه في محله
نسأل الله تعالى الوصول اليه به تعالى وبالنبي صلى الله عليه وآله عليهم السلام وتابكنا انه
قد يدعى الشهرة على عدم العمل بها بالنسبة الى الغاصب فيبقى على
قواعد الغصب كما في نظائره فلاحظ وتأمل والله اعلم هذا ولو
سلمنا الاجماع على عدم جواز اخذ المالك تمام القيمة مع
بقاء العبد على ملكه فالمتجه اخذه للارش السوقي مع بقاء العبد
له لا انه لا شيء له اصلا المستلزم للضرر عليه وللمنافاة لقاعدة
ضمان الاطراف كالجملة ودعوى الاجماع المركب على خلافه عهدتها
على مدعيها كدعوى الاجماع على عدم جواز اخذ قيمتها متعددة للجناية
على الانف والذكر ونحوهما بل ظاهر ابن ادريس وموافقيه التزام
ذلك ايضا ولا بأس به لوجود المقتضي له وعدم المانع منه لا عقلا
ولا شرعا وفي القواعد انه اذا جنى عليه بما فيه القيمة فالاقوى
وجوب تضمين القيمة سواء باشر الغاصب او الاجنبي وقد نسب ذلك
الى السرائر والتحرير والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد
والمسالك والروضة ومجمع البرهان وغيرها وان اقتصر في بعضها
على ذكر الغاصب فيه انه لو كان المغصوب عبدا وكان الغاصب
هو الجاني عليه رده ودية الجناية ان كانت مقدرة وفيه قول آخر
ولعل القول الآخر هو قول الشيخ بالتخيير بين دفع العبد الى الغاصب واخذ ١٢ مص
تمام القيمة منه وبين امساكه ولا شيء له او قوله بلزوم الاول فقط
او هو القول باخذه مع الارش السوقي لا مع تمام القيمة كما هو الى بعض العامة

ولكن الاخير بعيد جداً عن عادة المصنفين فالوجه ارادة احد
سابقيه وقد يشير الى القول بعدم الفرق بين كونه جانياً
عليه هو الغاصب او غيره كما في القواعد وغيرها او الى
القول بلزوم اكثر الامرين من المقدر والارش السوقي
الى غير ذلك من الاحتمالات فيه والامر سهل والله اعلم

تنبيهات الاول قد يشكل على الشيخ وغيره الجمع بين
الحكم بالانعتاق بالتمثيل من الغاصب اي مثل بقطع انف
ونحوه وبين الزام الغاصب برد العبد الى المالك مع تمام
قيمته او بتخيير المالك بين تسليمه الى الغاصب واخذ
قيمته وبين امساكه ولا شيء له وغير ذلك مما لا يتم على
تقدير الانعتاق كما هو واضح وقد يدفع بان الثاني
مفرع على القول بعدم الانعتاق بذلك ولو تنزل لان القائل
القائل به كالشيخ وغيره ولا منافاة في ذلك كما في نظائره
او بان قطع الانف مثلاً يقع على وجهين تمثيلاً وغير تمثيل
فان كان الاول فهو حر لا تجري فيه الاقوال الآتية
وان كان الثاني فهو رق تجري فيه تلك الاقوال ولعل هذا
اقرب الى عباراتهم وتعليلاتهم ولكن يبقى البحث في
التمييز بين القسمين والظاهر ان قطع نحو الانف عمداً
اهانة للعبد وتعذيباً له وتشفياً منه لغيظه وحط عزه
وتاديباً له من جهة بعض افعاله التي جزاؤها ذلك مما

يقع

يقع من بعض الجبابرة من التمثيل لغة وعرفاً وهو الذي ذهب عنه الجمع
واهل بيته ولو بغير الانف ولو بالميت الذي لا يتألم بذلك
اصلاً وهذا بخلاف ما وقع منه ذلك فجاءة او سهواً او خطأً
من غير قصد الى شيء من ذلك فانه ليس من التمثيل في شيء لا لغة ولا
عرفاً وانكاره قد يشبه المكابرة وقد سبق في كتاب العتق
ماله نفع هنا فلاحظ وتأمل والله اعلم الثاني لو قلنا بعدم
تسوية الغاصب مع غيره فقد قيل بانه يتجه لزوم اكثر الامرين
عليه من القيمة التي لا تتجاوز دية الحر والارش وان تجاوزه
مع احتمال لزوم القيمة عليه وان تجاوزت دية الحر من جهة
تنزيل الشارع للانف منزلة الكل ولا ريب في وجوبها على
الغاصب وان تجاوزت بناء على الفرق بين جنايتي الغاصب
والجاني غير الغاصب فكذا الانف لو قطعه فيكون المراد ان
في نحو الانف القيمة في الغاصب وغيره الا انها قيدت في الثاني
بعدم التجاوز بخلاف الاول ولكنه تعسف بين وابداء
احتمال في النص من غير شاهد عليه هذا كما قيل وهو كذلك
لو كان النص شاملاً لهما معاً واما لو كان ظاهراً في غير الغاصب
من حيث الغصب وحكم الغاصب من حيث الغصب انما استفيد من
قاعدة اليد ونحوها فلا تعسف فيه اصلاً بل هو جار على مقتضى
القواعد وتمام الكلام في جناية الغاصب على ما فيه نصف الدية

مثلا لأن تحقق المدرك في الجميع كما هو واضح بادنى تأمل جيد والله اعلم
الثالث لو جنى جان على المغصوب وهو في يد الغاصب جناية
تحيط بالقيمة كان للمالك الرجوع على كل من الغاصب والجاني
على البدل لما مر فان رجع على الجاني ودفع المغصوب اليه
بنفسه او باذنه فقد استوفى تمام حقه ولم يبق له عند
الغاصب حق اصلا كما لو تلف سماويا الا ان يكون ارشه
السوقية اكثر من دية الجناية شرعا فيتجه رجوعه بالزائد على
الغاصب لانه مضمون عليه بقاعدة اليد ونحوها وليس للجاني
الرجوع على الغاصب اصلا اذ لا حق له عليه بوجه من الوجوه
وان رجع المالك على الغاصب واخذ العبد منه مع الارش
من الارش السوقية والشرعي كان للغاصب الرجوع بالارش
الشرعي على الجاني لانه هو الذي اشتغلت به ذمته شرعا للمالك
فلما اخذه المالك من الغاصب جاز له ذلك ولو بان
ياخذه منه من باب المقاصة عما اخذه المالك منه كما في نظائره
المذكورة بل قيل بان المالك اذا دفع الى الجاني واخذ القيمة منه
كان له الرجوع على الغاصب بالقيمة ناقصا لا تاما مع احتماله
لان العين مضمونة في يده ونقصها الى الجاني لا ياخذ قيمته
مقدر الجناية لا يسقط ضمانها وفي القواعد انه لو جنى عليه
بما فيه القيمة فالاقرب وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر
الغاصب او الاجنبي بخلاف الجاني على عين المغصوب فان مع

[illegible]

وان رجع على الاجنبي دفع اليه العبد ويرجع بقيمته على الغاصب وان رجع
على الغاصب بها فالاقرب رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة
وفي جامع المقاصد وغيره اما دفع العبد اليه فلانه مقتضى [illegible]
والاجماع واما رجوعه على الغاصب بقيمته فلان ذلك من
مقتضيات الجناية الواقعة في يده وهي مضمونة عليه فدفع
العبد بسبب الجناية تضييع لمال مضمون على الغاصب وجب بغير
سبب جناية مضمونة عليه ولا دليل على سقوط ضمانه عنه وقد
يذكور رد عليه بان دفع العبد الى الجاني انما يقع من المالك ولو
باذنه فيكون ذلك قبضا منه للمغصوب وتسليما له اليه
من الغاصب بعد اداء القيمة في ذمة الجاني فيخرج من عهدة
ضمانه ويبقى عليه ضمان القيمة لو لم يستوفها من الجاني فان
قبض منه فلا شيء له على الغاصب اصلا او ما لم تكن القيمة
السوقية ازيد مما اخذه من الجاني فياخذ منه الزيادة فقط
لقاعدة اليد ونحوها وذلك تمام ما يريده منه شرعا نعم
لو دفع الغاصب الى الجاني بدون اذن المالك له بذلك اتجه
ضمانه له وعليه قيمته مع تعذر رده اليه بان يسترده من
الجاني لانه قد قبضه بغير اذن لا شرعية ولا مالكية كما هو المعروض
فتدبر جيدا والله اعلم وفي جامع المقاصد ايضا ووجه العقد في الشق
الثاني ان دفع المجني عليه للجاني انما هو حيث يمكن بان يكون

وجب

تحت يد المستحق للقيمة واما مع تعذر رده فلا يعقل وجوب
دفعه الى الجناية وانما هو كالتالف في الاصل براءة الذمة
من وجوب غرم قيمته بعد الجناية على الغاصب للجناية
ولا دليل يدل على ذلك فيحتمل الوجوب لان وجوب القيمة
على الجناية مشروط بدفع العين اليه فاذا تعذر وجب الجبر
الى القيمة ولان الجاني يطالبه المالك بالعبد ليغرم له
القيمة فيطالب الغاصب بقيمته بطريق اولى وفيه نظر
فان الاولوية ممنوعة والاشتراط المذكور انما هو مع
وجود العين واذا تعذر كان كالتالف ومع التلف
لا ضمان قطعا وفي مختار المصنف قوة ومهما زادت
دية جناية الجاني فالواجب على الجاني الدية وعلى الغاصب
ما زاد عليها فلو قتله الجاني وجب قيمته فان زادت على دية
الحر اخذت منه الدية ومن الغاصب الزيادة انتهى وقد
يحتمل عدم الرجوع عليه بشيء اصلا للاصل ولتعذر شرط
الرجوع كما قيل وضعفه ظاهر وتمام البحث في ذلك يحرر في
محله نسأل الله تعالى الوصول اليه بمحمد النبي وآله ع الرابع
لو جنى العبد المغصوب بما يوجب القصاص من نفس او
طرف فاوجب رده الى مالكه فورا على نحوه قبل الجناية واحتمال
عدمه واضح السقوط فاذا اقتص منه ولو بعد رده الى
المولى ضمنه الغاصب كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف
لقاعدة اليد ونحوها وكذا كل نقص يدخل عليه في يد الغاصب

في جناية عبد المغصوب

لاتحاد

لاتحاد المناط في الجميع وفي القواعد انه لو جنى العبد المغصوب فقتل
قصاصا فعلى الغاصب اعلى القيم ولو جنى على الطرف فاقتص
منه ضمن الغاصب الارش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون
ارش اليد مثلا لانه ذهب بسبب غير مضمون ويحتمل ارش اليد
والاكثر من الامرين وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد وكذا لو ارتد
في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ولو غصبه
مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان على الغاصب
نظر فان ضمناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل وكذا
الاشكال لو انعكس وكذا لو ارتد في يد الغاصب ثم مات في يد مالكه
من غير قتل ضمن الارش خاصة وكذا لو اشترى مرتدا او سارقا
فقتل او قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر ولو طلب
الولي الدية في النفس او المجني عليه في الطرف لزم الغاصب اقل
الامرين من قيمته ودية الجناية فان زادت جناية العبد على قيمته
ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا اخذها السيد
تعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع
على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المأخوذة منه اولا بسبب في يده
فضمنه الى غير ذلك مما فيها وفي غيرها مما لا يخلو بعضه من نظر او منع
ويحرر تمام البحث فيه عند تعرض المصنف له ان شاء الله تعالى وبالنبي واله
الخامس لو كان العبد ودية فجنى بما يستغرق قيمته ثم قتله

المستودع وجب عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا
اخذها ولي الدم لم يرجع المالك على المستودع بشيء للاصل
ولانه قد خرج بها عن مضمونه على من هو في يده كما في التذكرة
والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرها على ما حكي بعضها
فلاحظ وتامل والله اعلم الثامن لو جنى العبد في يد سيده بما
يوجب تمام قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده بمثل ذلك
ايضا ولم يحكم بالاول بيع فيهما ويرجع المالك على الغاصب
بما اخذه الثاني منه لان الجناية قد وقعت في يده وكان
للمجني عليه اولا ان ياخذه دون الثاني لان الذي ياخذه
المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق
به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجاني كذا
في القواعد ومحكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وتمام
البحث فيه في محله نسأل الله تعالى الوصول اليه ان شاء الله بالنبي وآله
التاسع لو جنى في يد سيده كذلك ثم غصبه غاصب ثم مات
في يده فعليه قيمته لقاعدة اليد ونحوها لمالكه ويتعلق بها حق
المجني عليه لانها بدل الجاني فتقوم مقامه كما في نظائره فاذا اخذ
المجني عليه حقه منها فليس للمالك الرجوع به على الغاصب للاصل
ولانه قد ادى جميع ما يراد منه شرعا وما اخذه المجني عليه من
المالك انما كان بسبب في يده فلا يلتزم به الغاصب كما هو
واضح نعم لو جنى عند الغاصب ايضا ثم مات في يده كان عليه قيمته
فتتعلق بها الجنايتان فتقسم بينهما وللمالك على الغاصب كما تقدم

عليه

عليه كثير منهم في القواعد فان مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم
بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ويكون للمجني عليه اولا
ان ياخذه ونحوه عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وعن
التذكرة ايضا انه قيل ان المجني عليه الاول يطالب الغاصب بتمام
القيمة والمجني عليه الثاني يطالب بنصف القيمة وان المالك لا ياخذ شيئا
ولا باس بما عن ذلك من الفروع المتفرعة في جناية العبد المغصوب
التي منها الجناية على سيده ايضا وهي مضمونة عليه ايضا لانها موجبة
لنقصه وكل نقص يدخله فهو مضمون على الغاصب لعموم قاعدة اليد و
نحوها فلاحظ وتامل والله اعلم الثاني عشر لو تبع في العبد المغصوب
الى [illegible] سيده على بدل كامل لمن له القصاص منه اوله استرقاقه
فالظاهر وجوب ذلك كله على الغاصب والمؤن التي يتوقف عليها
الرد التي يؤخذ الغاصب باشق الاحوال فتامل جيدا والله اعلم قال

ولو زادت قيمة المملوك بالجناية كالخصاء وقطع
الاصبع الزائدة رد مع دية الجناية لانها مقدرة

اقول قد صرح بذلك كثير منهم بل نسب الى المشهور لشمول دليل التقدير
لذلك لغة وعرفا وشرعا وزيادة القيمة بذلك او عدم نقصها غير
مانع من ذلك ولكن قد اشكل بعضهم بانه مناف لما ذكره الشيخ من
انه مع استيعاب الجناية لتمام القيمة تخير المالك بين دفع العبد
الى الجاني واخذ القيمة منه وبين امساكه ولا شيء له وعن موضع من
المبسوط التصريح بذلك ايضا مع ما في ذلك من الجمع بين العوض والمعوض

في جناية العبد على سيده

في حكم ما [illegible] الزائدة والمتشابه

في الايراد على الشيخ

كما قيل وقد يدفع بان المقدر انما هو عوض نفس الجزء الفائت شرعا
لا انه عوض بمجموع العبد وان كان في نفسه حالي لذلك ايضا وبان
التخيير بين الامرين انما هو في الجناة غير الغاصب لمكان النص عليه وبقى
الغاصب على مقتضى قاعدة ونحوها ودعوى انها لا تقتضي دفع

٢ اليدين

المقدر شرعا وانما تقتضي ضمان نقص القيمة السوقية فقط مع لوضوح
عدمه تدفعه اعترافهم بشمولها للمقدر المستلزم لنقص القيمة السوقية
وان لم يكن النقص السوقي بمقدار المقدر الشرعي فانه لا فرق بينهما لا عرفا
ولا لغة ولا شرعا فما اختاره المصنف والاكثر لعله هو الاظهر فما
عن الفاضل من عدم ضمان المقدر في قطع الاصبع الزائدة تمسكا
بالاصل كانه في غير محله كانه في غير محله بل هو كالاجتهاد في مقابلة
النص فلاحظ وتأمل والله اعلم ولو سقطت الاصبع الزائدة في يد
الغاصب بآفة سماوية فالظاهر انها كسقوط الاصبع الاصلية فيرده
كذلك كما هو صريح محكي التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وغيرها
لقاعدة اليد ونحوها ولكن عن التحرير انه لا شيء عليه وكذا في القواعد
على اشكال من الاصل وانه لا نقص في المالية كما هو المفروض ومن ان
التلف بالآفة في يد الغاصب كالاتلاف بالجناية لكون العبد واجزائه
وصفاته ومنافعه في عهدة الغاصب وضمانه كما في نظائره
وقوة الوجه الثاني ظاهرة كضعف الوجه الاول فيه جدا والله اعلم
ولو لم تكن الجناية مقدرة شرعا ولم ينقص بها القيمة السوقية
فقد نص كثير منهم على انه لا شيء على الغاصب بل لا اعرف فيه خلافا
كما اعترف به بعضهم للاصل ولكن قد يحتمل ان فيها الحكومة على نحو الجراحات
الحر التي لا مقدر لها شرعا ولعل قاعدة اليد قاضية بذلك كما

نحو

نحو شمولها للمقدرة شرعا والفرق بينهما عرفا لا يخلو من تحكم نعم
في المسالك انه لو نقص الثمن المفرط ولم تنقص القيمة في نحو العبد
فلا شيء للمالك ولا اشكال فيه لانه لا مقدر له شرعا ليجب بقوته
ولا نقصت فيه القيمة السوقية ليجب قدر النقص فهو من قبيل
الجناية على ما لا قيمة له وقد نص عليه الفاضل في ظاهر القواعد وغيره وعن
المبسوط وغيره وظاهرهم انه من المسلمات ولكن لا ملازمة
بينه وبين الجراحات التي لا مقدر لها في الحر مع ان فيها الحكومة
فيه نصا وفتوى واجماعا وح فقد يفرق بين الثمن ونحوها
لا حكومة فيه في الحر وبين الجراحات التي فيها الحكومة فيه مع ان
الاول لا يسمى جناية بخلاف الثاني ومن ذلك حلق لحية الامة
فلم تنبت من دون غصب فزادت قيمتها ويجيء تمام البحث
فيه في محله انشاء الله وبالنبي صلى الله عليه وآله قال المصنف والبحث في
المدبر والمكاتب وام الولد كما البحث في القن
اقول لا خلاف في ذلك بيننا من غير فرق بين المكاتب المشروط
والمكاتب المطلق الذي لم يؤد شيئا اصلا لشمول اطلاق الادلة
لجميع ذلك ولكن الحق بعض من جعل الاشبه الرشيد بعضهم بحكم من
جهة تشبثه بالحرية فتجري عليها احكام الحر وضعفه ظاهر كاستدلال
الشيخ في الخلاف بالاخبار ظاهرا ولعل تحرر بعض المكاتب المطلق
جرى عليه حكم المبعض كما في نظائره والله اعلم قال المصنف

واذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل
ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب
العين المغصوبة ولو عادت كان لكل منهما
الرجوع وعلى الغاصب الاجرة ان كان
مما له اجرة في العادة من حين الغصب الى
حين دفع البدل وقيل الى حين اعادة المغصوب
والاول اشبه اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا
اشكال بل الاجماع بقسميه عليه وهو ظاهر الآيات وقوله
فانه مقتضى لجواز الاخذ منه كما اخذ من المالك عقوبة
له في الدنيا قبل الاخرة فاذا اخذه منه جاز له التصرف فيه بجميع
انواع التصرفات اباحة من الشارع له كما في المقاصة على
قول قوي ولا يلتفت الى احتمال منعه منه وانه انما يأخذه
منه على نحو اخذ الرهن على الدين فانه مخالف لاجماعهم ولا
يجبر به المالك ولا يندفع به ضرره وظلمه بل ذكر المفيد وكثير
منهم انه يملكه كما عن الشيخ وابن زهرة وابن ادريس وكثير منهم
بل ظاهر كثير من العبارات انه لا خلاف فيه بيننا بل يحكى
انه من المسلمات فيما بينهم والاجماعيات عندهم وقد يستدل
عليه مع ذلك بانه عوض ماله الواجب عوضه ودفع على انه
عوض فيملكه كسائر الاعواض كما في مجمع البرهان وغيره
وبانه لو لم يملكه لم يكن في دفعه فائدة له بل كان ضررا على
المالك

في القول في الاستدلال على ان المالك يملك القيمة المدفوعة

المالك كما قيل وبانه عوض عن الدين الذي في ذمة الغاصب ووفاء عنه
فيملكه كما في سائر موارد الوفاء كما قيل وبانه بدل عن نفس الحيلولة
فيملكه بمقتضى البدلية كما قيل وبان النصوص دالة على الضمان
الفعلي بالقيمة في التلف والغرق والتفريط والتعدي ونحوها
مما يوجب تملك المغصوب منه للعوض المأخوذ من الغاصب والمفرط
ونحوهما قطعا مع بقاء نفس المغصوب ونحوه على ملكه فكذا مع تعذر
رده او تعسره على المالك فورا لعدم القول بالفصل بينهما او لعدم
الفرق بينهما او لاتحاد المناط فيهما وهو كونه بدلا عن نفس العين
كما قيل اما غير ذلك فلا يخلو من نظر او منع ان لم يكن ثمة اجماع
على الملكية بحيث يخرج به عن الاصول وعن استبعاد ملكه للعوض
مع بقاء الاصل على ملكه ايضا وفي الخلاف انه اذا غصب دابة او عبدا
او فرسا فابق العبد او شرد الفرس او ند البعير كان عليه القيمة
فاذا اخذها صاحبها ملك القيمة بلا خلاف وهو لا يملك المغصوب
فان رده انفسخ ملك المالك عن القيمة وعليه ردها الى الغاصب
وتسلم العين منه ونحوه في الغنية ولا عموم فيه مع تسليم ارادة الاجماع
منه ولا ملازمة بل مورده المتعذر بعد حرص الغاصب المظنون
عدم التمكن منه الى ان يموت او يخرج عن ملك مالكه بالتقاط ونحوه
الذي يعد عرفا تلفا او انه بمنزلته لمكان الاجماع عليه ونحوه ويبقى
المغصوب الموجود في قبضة الغاصب الا انه لا يتمكن من رده فلا حاجة

كما في المقام

حاصل ان ثم في مسألة الاجماع فيها والآن الوجه المذكور تحتها عدم قبوله

كما في الاشكال المذكورة

سلطنة المالك له لحجة لبعد المسافة ونحوها ولعله لذا جعلها
الفاضل مسلمتين في القواعد وغيرها وان امكن التزام
كون الثانية اعم من الاولى لانهما متباينان نعم مع امكانه
ارادة مجرد جواز التصرف وملك التصرف من الملك في
كلامهم لا الملك الحقيقي لازما كان او متزلزلا كما يومي اليه ما في
التذكرة من ان للمالك ان يضمن في الحال للحيلولة ولزوم
الضرر وليس للغاصب ان يلزمه قبول القيمة لان قيمة الحيلولة
ليست حقا ثابتا في الذمة حتى يجبر على قبوله او الابراء منه بل لو
ابراه المالك منها لم ينفذ ويملك القيمة فله التصرف فيها كيف
شاء بالبيع والهبة وغيرهما ويملكها لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض
وليس ذلك جمعا بين البدل والمبدل منه ويجب عليه ردها
بعد رد المغصوب بعينه لا ابدالها لانه انما ملكها ملكا مراعى بسبب
الحيلولة فاذا انقضت الحيلولة زال ملكه عنها انتهى ملخصا وهو كالنص
في ان ملكها ما دامت الحيلولة لا مطلقا ومن المعلوم عدم تصور الملك
الحقيقي كذلك فلا بد من ان يراد به جواز التصرف مع ملكه فانه يكون
مغيا بذلك اذ لا مانع منه لا عقلا ولا شرعا بخلاف الملك الحقيقي
فانه ممنوع منه عقلا وشرعا فانه اذا حصل دام الا بسبب يخرج عنه
وفي مجمع البرهان انه يمكن عدم ملك المالك له وكونه للحيلولة فقط
فينتفع به الى ان يحصل العين المغصوبة ويكون النماء للغاصب
ولا يحصل كثير نفع للمالك انتهى ولا يخلو بعضه عن نظر فتدبر
وهو محتمل المسالك وجامع المقاصد وغيرهما فلاحظ وتأمل والله اعلم
واما عدم ملك الغاصب للعين المغصوبة بالدفع المزبور

فهو

في ارجاع كلام الفقهاء على غير ظاهره

في القول بعدم ملك المالك القيمة

فهو المعروف من مذهبنا بل عليه اجماعنا في كثير من العبارات
صريحا او ظاهرا كالخلاف والمبسوط والغنية وغيرها وهو الحجة
مضافا الى الاصول السالمة عن المخرج عنها بعد عدم وجود سبب
للملك لا قهرا ولا اختيارا كما هو المفروض ولكن قد احتمل ثاني
الشهيدين رحمه الله وغيره انه يملكه ملكا متزلزلا كما المالك ولكنه في
غير محله بل هو من المقطوع بعدمه ضرورة عدم وجود سببه
مع انه لو وجد لاتجه لزومه لاصالة اللزوم في الملك كما سمعته في
كتاب البيع ودعوى الاجماع على تزلزله هنا مما لا شاهد عليها ان
لم يكن على عدمه وذلك من اقوى الشواهد على ارادة ملك المالك
التصرف في القيمة عوضا عن منع الغاصب عن تصرفه في ماله ومثل
هذا الملك قد يقال بتبعية النماء المنفصل له ايضا كما هو ظاهر
المشهور او الجميع وصريح الشيخ وكثير منهم ولا يلزم تبعيته لملك
نفس العين كي يلزم ملكه للغاصب كما احتمله بعضهم ولو ثبت
اجماع على عدم تبعيته للملك المزبور وانه انما يتبع ملك نفس العين
فلا محيص عن الالتزام بالاحتمال المزبور ولكن اني بمثل هذا
الاجماع فلاحظ وتأمل والله اعلم واما رجوع كل مال الى صاحبه بعد
زوال الحيلولة فلا اشكال فيه على المختار الذي لا ينافي مجمل عبارات
المشهور عليه ايضا وليس ذلك فسخا ولا انفساخا بل ولا رجوعا حقيقة
وما في كثير من العبارات من ذكر احدهما منزل على التسامح والا فلا وقع
لها في غير العقود اللازمة والجائزة والجميع منتف هنا وانما هو حكم شرعي
مقيد بما دامت الحيلولة فاذا زالت زال الحكم المترتب عليها وبقي

في حصول الملك المتزلزل للغاصب وعدمه

مال كل منهما على حاله لانه خرج منه ورجع اليه وانما في الكفاية
من انه اذا تعذر رد العين المغصوبة الى مالكها عند طلبها من
الغاصب وجب عليه دفع العوض الى المالك مثلا او قيمة
فان دفع التراضي على وجه المعاوضة تحقق الملك مستقرا
فلا يزول بالقدرة على العين فان اخذه المالك على وجه
البدلية لتعذر العين فالذي يملكه المالك محضا يكون
نمائه المنفصل له لكن متى عادت العين كان لكل منهما الرجوع
في ماله على الاشهر عندهم واما العين المغصوبة فهي باقية على
ملك مالكها والنماء لصاحبها مطلقا وفي المسئلة اشكال من
حيث لزوم اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك ولهذا قال
في المسالك بانه لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا او توقف
ملك المالك للبدل على اليأس من العين وان جاز له التصرف
كان وجها في المسئلة وهو حسن وقد يورد عليها بان هذا الاشكال
انما يرد على ارادة الملك الحقيقي في كلامهم وليس بمتعين وان
زعمه الثانيان وغيرهما فاشكل عليهم وجهه بل الظاهر ارادتهم
ملك التصرف فقط مع ان نسبة جواز رجوع كل منهما في ماله الى
الاشهر في غير محله اذ لا خلاف في ذلك ظاهرا كما لا يخفى على من لاحظ
كلماتهم مع انه لا مانع من الملك المتزلزل للغاصب عندهم بل ولا
للمالك على الاظهر فلاحظ وتدبر والله اعلم **تنبيهات**
الاول لو ردت العين المغصوبة الى مالكها وكان الذي اخذه من
الغاصب لاجل الحيلولة بينه وبين ماله باقيا عنده بعينه فلا ريب في وجوب
دفعه بعينه الى الغاصب على التحقيق لانه عين ملكه فيجب رده عليه
فورا مع مطالبته به واما بناء على ملك المالك له كما هو ظاهر
المشهور

المشهور فبناء على النظر فيه فيتعين رده عليه اشكال من اصالة العدم
واستصحاب ملكه وعموم تسلط الناس على ماله ونحو ذلك ومن ان ملكه
مقيد بما دامت الحيلولة فاذا زالت زال الملك كما قيل وضعفه
ظاهر الا ان يراد به ملك التصرف كما هو غير بعيد فيرجع الى المعنى
فانه هو الذي يقبل التقييد بذلك دون الملك الحقيقي كما هو واضح
وفي القواعد انه ان تعذر رد المغصوب دفع الغاصب عوضه ملكه
المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فان عادت فلكل
منهما الرجوع وهل يجبر المالك على اعادة البدل لو طلبه الغاصب
اشكال لا على رد النماء المنفصل وفي جامع المقاصد ان الاشكال
ينشأ من ثبوت الملك في الاصل بقائه ومن انه انما ملكه للحيلولة
وقد زالت قيل لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصا في البدلية
اذ لا يرغب المعاملون فيه وليس بشيء لانه متى تعلق به حق
ثابت وجب عوضه والاصح وجوب الرد وكما في التذكرة من انه يجبر
عليه كما هو واضح وفيه ما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم الثاني لو خرج
البدل عن يد المالك المغصوب منه ببيع ونحوه ورددت اليه العين المغصوبة
فليس للغاصب طلب نفس عين البدل قطعا بل اجماعا كما اعترف به
بعضهم وبذلك يندفع النقص في البدلية وان زعمه بعضهم وضح فيكون
ذلك كما لو تلفت عين البدل حقيقة بأكل او غيره او موت ونحوه من
الآفات السماوية التي لا يمكن للغاصب مطالبة المالك بنفس
العين حينئذ لتلفها ولكن هل يجبر المالك على دفع بدله الى الغاصب
اشكال من الاصل وان الاذن بالاتلاف شرعا فلا يتبعه الضمان كما قيل
ومن قاعدة الاتلاف وقاعدة اليد المقتضي بها يخرج عن الاصل مع

عدم منافاة الاذن به للضمان كما في نظائره ولا بأس به على المختار
واما على تقدير ملك المالك للبدل حقيقة فلا مسرح لجريان
القاعدة فيه وح فلا مخرج عن الاصل ولعل اشكال
الفاضل على تقدير ارادته لذلك كما احتمله بعضهم انما هو من
جهة اشكاله في اصل الحكم كما قيل الا انه ينافيه كثير من عباراته في
القواعد وغيرها مما هو صريح او كالصريح في وجوب رد البدل
الى الغاصب مع تلف نفس ما اخذ منه والعدول من الجزم الى
التردد في امثال ذلك بعيد جدا ان لم يقطع بعدمه نعم قد يورد
عليه وعلى غيره بعدم الدليل على وجوب رد البدل الى الغاصب بعد
تسليم ملك المالك لما اخذه من الغاصب وعود ان مثل هذا
الملك المقيد بما دامت الحيلولة لا ينافي ضمان المالك له الى ان
يدفعه مع تسليم ثبوت هذا الملك انه لا دليل على ضمانه وان لم يكن
منافيا له لو قام عليه دليل معتبر واصالة الضمان انما هي في اموال الغير
التي تكون تحت يده لا في امواله نفسه كما هو المعروف في
كلام المشهور في ... النظر الثالث لو قدر الغاصب على رد
العين المغصوبة بعد اخذ المالك لبدلها وجب عليه ردها اليه فورا
فصحح مع حفظ لتبرها فعلا وليس له حبسها الى ان يرد اليه ما
اخذه منه كما نص عليه كثير ممن تأخر بل لعله ظاهر الاكثر بل المشهور
وصريح التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وغيرها لعدم ثبوت حق
له في العين المغصوبة بحيث يقتضي جواز الحبس له على الوجه المزبور مع
اصالة عدمه ولكن في القواعد ان لو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة
فان عاد ترادا وللغاصب حبس العبد الى ان يرد القيمة عليه مع احتمال
بل في التحرير ان له حبس العين المغصوبة الى ان يأخذ القيمة لانه

الى حق

هل يجوز للغاصب حبس العين ام لا فيه خلاف

الجزم بالحبس

فقد دفع

فقد دفعها عوضا فله حبس العوض الى ان يقبض المعوض عنه كما في المعاوضة
كما قيل وضعفه ظاهر كما اعترف به كثير من الاواخر وفي جامع المقاصد
وغيره انه ليس معاوضة حقيقية وانما قبضه المالك ارتفاقا ومحافظة
على مصلحته وقد كان تسليم العبد واجبا على الفور فيستصحب بقاء جميع
الاطلاق قوله ٤ المغصوب مردود او كل مغصوب مردود ونحو
ذلك ولا يجوز حبس مال في مقابل مال آخر فقد حبسه مالك المال الاول
ظلما لان من ظلم لا يظلم والاصح انه ليس له ذلك فهو جيد جدا الا
انه كالصريح في عدم تملك المالك لما اخذه من الغاصب في عوض العين لو لم يكن
ملكا له وغرامة شرعية له لم يجد في دفع ضرر المالك بل ربما يكون
ضررا عليه بسبب وجوب حفظه ونحو عليه كما ان جواز التصرف فيه ان
لم يكن على وجه يشمل ما يعتبر فيه الملك كذلك ايضا فليس ح الا
الملكية التي لا يستلزم رجوع المبدل عنه عن ملك الاول بل قوله ٤ في
نحوه ظاهر في خلافه كما قيل فيدفع التأمل فيما ذكره القائلون بالاباحة
في المعاطاة فان الاباحة العامة شرعا ينتفع بها في قضاء الحوائج عرفا
وعادة وتشمل العتق ونحوه ايضا فانها كالاذن من المالك في عتق عبده
فلاحظ وتأمل والله اعلم الرابع لو حبس الغاصب العين المغصوبة الى ان
تسلم نفس العوض الذي قد دفعه الى المالك او بدله مع تلفه حقيقة او حكما
فلا ريب في انه عليه على المختار بل وعلى غيره ايضا على الاظهر لا في القواعد
التي لا نا فيها جواز الحبس له شرعا مع تسليم وفي القواعد انه ان تلف العبد
محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الاولى وفي جامع المقاصد
ان هذا مبني على جواز الحبس لان المحبوس العدوان على القيم ووجه القرب ان حكم
الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى ان يقبض ما دفع للحيلولة وهذه

المالك

اليد غير اليد الاولى لكونها مستحقة له ولو وجوب في المالك القيمة الاولى
فاذا تلف ضمن بقيمته يوم التلف فيسترجع القيمة الاولى وكان
حجة ان القول باسترجاع الزائد قال الشيخ رح العميدي ان هذا انما
يتمشى على وجوب قيمته يوم التلف اما لو اوجبنا الاكثر كان له الاكثر
من القيمتين الاولى والثانية ووجهه انه ان كان الاقل هو القيمة
الاولى فقد دفع عوضا عن العين بالتحقيق فلا يجب ما سواها وان
كان الاقل هو الثانية فهذا المستحق بالتلف لا بالاولى للحيلولة
وقد زالت بجواز الحبس وفيه نظر لان المدفوع للحيلولة لم يكن
عوضا عن العين قطعا ولهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك ولا يستقر
ملكه على المدفوع حيث كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة
على الغاصب وخرج بجواز الحبس الى ان يقبض القيمة عن كونها
عوضا وجب قيمته يوم التلف وعلى ما اخترناه من وجوب قيمته يوم التلف
فالواجب قيمته يوم التلف هنا والاقرب انه لا يجوز له الحبس بل يملك
فلا يتغير الحكم الى ان الثمرة مهمة فيما اطلب كثير من الفروع هنا
وقد يورد عليه بمنع زوال حكم الغصب لاحالة البقاء ان لم تجز المعاوضة
والجواز مع تسليم في نفسه اعم من ذلك وعن ان الضمان في هذه المدة
مخالف للضمان قبلها مما لا شبهة عليها ان لم يكن على عدمها لا في دليل المناط
فيهما الآن يقال بان المناط ليس لزوم اعلى القيم انما هو مؤاخذة الغاصب
باشق الاحوال وذلك مفقود في هذه المدة لزوال الاثم فيها بعد الحكم
بجواز الحبس فيها كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم الخامس يجوز للمالك
حبس القيمة الى ان يسلم العين المغصوبة بلا خلاف ولا اشكال للاصل
والمنفي بالاباحة او الملك وعن ذلك والله اعلم السادس

لو تلفت

المالك

خصوصا بعد رجحان القول بعدم جواز الحبس له ح

لو تلفت العين المغصوبة قبل التمكن من ردها الى المالك اشتغلت ذمة
الغاصب ببدلها فعلا فان ساوى ما اخذه المالك للحيلولة صار عوضا
عن الدين الذي في ذمة الغاصب حين التلف وان كان المأخوذ
اكثر منه رد الزائد الى الغاصب على المختار قطعا بل وعلى الظاهر المشهور
على تردد وان كان المأخوذ اقل منه رد الغاصب الزائد الى المالك
ولو اختلف في الجنس توقف الامر على التراضي بعينه فيكون معاملة
جديدة كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم السابع قد صرح كثير منهم
من غير خلاف فيه يعرف بان نماء القيمة يملكه المالك لانه نماء ملكه او
لشمول دليل الاباحة له ايضا على نحو الاباحة في المعاطاة على القول بها
الغاصب بملكه للنماء او باباحته له على نحو العين ولو منع ذلك كله نفي
كونه للغاصب كما احتمله المقدس ره عملا بالاصل فلا قطعا وتامل والله اعلم
الثامن لو تلف في مدة الحبس وقلنا بوجوب القيمة يوم التلف وكان المأخوذ
من الغاصب مساويا لها استقر ملك المالك على ما اخذه منه كما قيل فلو كانت
قيمة يوم التلف اكثر منه طالبه المالك بالزيادة لانها مستحقة له شرعا
ولو كان المأخوذ منه اكثر من قيمة يوم التلف ففي تسلط الغاصب
على استرجاع الزائد نظر اقواه العدم للاصل ولان دفعه مستحق
عليه ومنه يتجه ما ذكره المعظم من ضمان اعلى القيم في هذا القسم كما قيل ولا يخلو
من تامل او منع لان ملك المالك له على تقدير تسليم مقيد بما دامت
الحيلولة والمفروض زوالها فيزول ملكه الا كثر منه فيكون للغاصب
فيطالب به ولا مجال لاحالة البقاء فيه نعم لو كان ملكه له مطلقا
وشك في وجود سبب مزيل له كان الاصل في محله ولكن ليس المقام
من ذلك قطعا واستحقاق الدفع اعم من ذلك كما هو واضح لو ضح

في كون نماء البدل للمالك او للغاصب

له شرعا

ان للغاصب مع وجود نفس المأخوذ منه ان يأخذه ويدفع غيره لان
جهات المأخوذ بيده وليس للمالك الامتناع من ذلك نعم لو تلفه المالك
واستقلت ذمته بمثل ما في ذمة الغاصب من كل وجه وقع التهاتر بينهما
كما فرغنا شرحه فتم جيدا والله اعلم الناسع لا ريب في ضمان الغاصب
لما يتلف من العين المغصوبة من النماء المتصل والمنفصل حتى
المتجدد منه بعد دفع البدل بل في الاظهر المتجدد في مدة الحبس لان
الجميع مضمون عليه كما اعترف عليه المحقق الاردبيلي وغيره ولو
لا شئ كما كان الا ان يعلم المزيدي في التحاقه مع ايضا شكال القواعد
في غير محله ودعوى انه لم يدخل تحت يده الا بسبب الضمان الاول المفروض
تجدده بعد دفع القيمة وبرائته من العين فاوليا ان يراعى النماء
كما قيل واضحة المنع وجوه شتى فان في عهدة اليد وغيرها دافعة لذلك
كله وفي جامع المقاصد وغيره ان الدفع المزبور انما كان لمكان
الحيلولة وهو لا يقتضى البراءة بل قيل بانه تلفه على المالك فيضمنه
وفيه تامل والامر سهل والله اعلم العاشر لو اخذ المالك قيمة
الحيلولة في الايدي المتعاقبة من الاول مثلا فاستحق هو الرجوع بما
اداه للمالك على من حصلت الحيلولة في يده من الايدي المتاخرة امكن
القول بملكه له منزلا على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداء وعلى
حسب ملكه دفعه هو اليه لانه يأخذه بدلا عما دفعه للمالك باعتبار
حصول المغصوب بيده فيملكه على حسب ملك المالك لما اخذه منه فاذا عادت
العين ورجعت الى المالك عاد هو بما دفعه للمالك وعاد من كانت
الحيلولة في يده بما اخذه الغاصب الاول منه الآن لان الاول للمالك
ونماء الثاني للغاصب واشكال الفقه هنا بعدم جواز رجوع ذي اليد
الاولى على من حصلت الحيلولة في يده بل يختص الحكم في خصوص التلف
وارجع الى ما دل لو ضح الى ما المدرك في الجميع كما قيل وعليه منع ظاهر فان

الذي

في ضمان الغاصب بالنماءات وعدمه

في حكم الايدي المتعاقبة هل للغاصب الاول اخذ البدل من الغاصب الثاني ام لا

فان الذي يأخذه المالك انما هو للارتفاق به ولانه يطالبه بحقه وعلى ماله
فعلى الغاصب دفع البدل عنه عقوبة له مع عدم تمكنه من رد العين
على ماله فاذا عوقب فلا يجبر بمعاقبة غيره وان كان مستحقا للعقوبة
ايضا لو طالبه المالك ابتداء وليس في ذمة من حصلت عنده الحيلولة
شئ يستحقه الغاصب الاول الذي قد دفع البدل المزبور الى المالك
بخلاف من تلف المال في يده فان ذمته مشغولة فعلا بالمثل او القيمة
للمالك فللغاصب المزبور ان يأخذه بدلا عما دفعه او مقاصة فقد
اتضح الفرق بينهما ولم يتحد المناط فيهما فالاحتمال المزبور لعله هو الاقوى
الموافق للاصل بعد بطلان القياس على صورة التلف المتفق على الحكم فيه
فلاحظ وتامل والله اعلم الحادي عشر لو غصب انسان من زيد عبدا ثم
اقر به لعمرو مثلا فاخذه منه عمرو عملا باقراره ثم ادعاه به زيد ولم
يتمكن من ارجاعه اليه فظاهر الشرع دفع اليه البدل للحيلولة المزبورة
وفي اجراء حكم الحيلولة المعهودة عليه او اجراء حكم التلف الحقيقي عليه فيملكه
المالك ملكا مطلقا مستقرا او يزول ملكه عن العين المزبورة حقيقة فيملكه
الغاصب كذلك وجهان اوجههما الاول كما هو ظاهرهم او صريحهم عملا
بالاصول وحينئذ فلو تمكن الغاصب من اخذه من المقر له ولو ببذل مال
كثير له على ذلك لزمه ذلك مقدمة لايصالها الى المالك الواجب عليه
شرعا ولم اجد من قال بان لا تأمل ولا من احتمله الا بعض من تأخر من غير
شاهد عليه اصلا بل الشواهد كلها على كله فلاحظ وتامل والله اعلم
واما لزوم الاجرة على الغاصب قبل دفع البدل للمالك فلا خلاف فيه
بل الاجماع بقسميه عليه لدخول تحت عهدة اليد ونحوها من غير فرق بين استيفاء
المنفعة مطلقا وعدمه فيما كان له اجرة في العادة لان المنافع المعتادة اموال

على ما كانت العين موجودة عند الغاصب منتقلا له ... على كلام بحواله لان المحتمل ...

فائت في يده فيضمنها بخلاف المعجز العادة على اخذ الاجرة عليه فانه
كالتزين بالدراهم والدنانير ونحوها فانه لا يعد اموالاً في العادة
فلا يضمن مع فواتها مع اصالة براءة الذمة منها السالمة عن المعارض
وربما استظهر من المحقق والفاضل وغيرهما ضمان منافع الآدمي مع
تسليم نفسه في غير محله ولا يلزم من صحة الاجارة على نحو ذلك ضمانها
بالغصب الذي بعد عدم عدّها اموالاً عرفا وان كانت بعقد
الاجارة تصير مالا على نحو منافع الحر فلاحظ وتدبر والله اعلم
واما لزوم الاجرة عليه بعد دفع البدل الى المالك الى ان يسلم
نفس المغصوب العين فهو صريح محكي المبسوط والتذكرة وغيرهما بل لعله
المشهور او الجميع لبقاء حقيقة الغصب فيه او لبقاء حكمه الوصف
للاستصحاب كما قيل او لعموم قاعدة اليد التي لا ينافيها جواز
الحبس له مع تسليم نفسه كما في نظائره ولكن الاشبه عند
المصنف عدم لزومها للاصل ولان القيمة التي قد اخذها المالك
من الغاصب بمنزلة العين المغصوبة فكانه قد قبضها من
الغاصب وعادت اليه ولانها هي الواجبة عليه فعلا وقد
دفعها فبرئت ذمته ولان المالك قد استحق الانتفاع بالقيمة
التي هي عوض وبدل عنها في المعنى فلم يبق للمالك حق على الغاصب
في تلك العين المغصوبة والا لم يكن فائدة للغاصب في دفع القيمة
ولان الغاصب قد برئ من منافعها كما قيل وضعف الكل ظاهر كما
اعترف به كثير من الاواخر بناء منهما على الاصح من بقاء العين
على ملك المالك لها وعلى ان ضمانها له ان كان منفصلا كما ذكرته
من العبارات وفي المسالك وغيرها ان ذلك لا يتم مع الحكم

ببقائها

ولزوم الاجرة بعد دفع البدل فيه خلاف

ا
بنفع بدلها قبل
من فوائدها
الغصب ح

ببقائها على ملك المالك ومع عدم وجوده يسقط الضمان عن الغاصب
لها فانه لا يكون الا بردها اليه او بالهبة ونحوها عليها على وجه ينتقل
عن ملك مالكها ونحو ذلك والمفروض عدم حصوله ودفع القيمة
انما هو غرامة شرعية عن قاصية براءة ذمة الغاصب فلا تغير
الحال الاول ولكن في جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر
وجوب بقاء الغاصب كما كان الا على القول بان له الحبس الى ان
يقبض البدل فيتأتى عدم وجوب الاجرة عليه في مدة الحبس فقط
الا ان الذي نفعله البقاء مستظهر كما اعترف به بعض من تأخر لشمول
قاعدة اليد لهذه الحال ايضا فتأمل جيدا والله اعلم ولو شك
في حيوة العبد وعدمه فلا خلاف في لزوم الاجرة على الغاصب الى ان
يعلم موته او صيرورته في حال لا منفعة فيه عادة او عدم لزومها
عليه الا حيث يعلم حيوته وامكان الانتفاع به بحيث يقابل
بالمال عادة وجهان او قولان من استصحاب البقاء الذي من لوازمه
ذلك كما قيل ومن اصالة البراءة وستسمعها في المقصر على المتيقن
في الخروج عنها فتأمل جيدا والله اعلم قال في ولو غصب
شيئين ينقص قيمة كل واحد منهما اذا انفرد عن
صاحبه كالخفين فتلف احدهما فيضمن التالف
بقيمته مجتمعا ويرد الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد
فكذا لو شق ثوبا بنصفين فنقصت قيمة كل واحد
منهما بالشق ثم تلف احدهما اما لو اخذ فردا من خفين

لتجدد الحيلولة ح

يساوي ثمانية عشرة فتلف في يده وبقي الاخر في
يد المالك ناقصا عن قيمته بسبب الانفراد
ساوي قيمة التالف لو كان منضما الى صاحبه
وفي ضمان ما نقص من قيمة الاخر تردد

اقول اما الاول فلا نعرف فيه خلافا كما اعترف به بعضهم بل
ظاهرهم الاجماع عليه لقاعدة اليد وقاعدة الاتلاف وكونه
مما يقتضي ضمان العين واجزائها وصفاتها الداخلة تحت يده
وسلطنته عرفا وما قد يظهر من عبارة اللمعة من عدم ضمان نقص
المردود الا اذا كان للاصل ولانه عاد ماله ولم ينقص منه شيء
اصلا مع نحو نقص القيمة السوقية كما قيل وضعفهما معا ظاهر
كما لا يخفى على ذوي البصائر فان الانفراد والانضمام من الصفات
الذاتية الموجبة لزيادة القيمة ونقصها عادة وعرفا لا من قبيل
القيمة السوقية الناشئة من مجرد رغبات المتعاملين وعدمها
كما هو واضح بادنى التفات كوضوح ان شق الثوب نصفين لا ينبغي
على نحو الخفين ويزيد عليهما ضمان النقص الحاصل عليها بنفس الشق
ايضا لقاعدة اليد ونحوها مما تقدم جيدا واما الثاني ففيه كالشق الاخر
منه وجهان او قولان من الاصل وعدم دخول الباقي عند مالكه
تحت يد الغاصب كي يكون نقصه مضمونا عليه ومن قاعدة
الاتلاف وكونه سببا عرفيا للنقص المذبور كما قيل وهو جيد
مع ثبوت الضمان بمطلق السبب العرفي الا انه مما لا دليل عليه كما ترى
فلاحظ وتدبر والله اعلم تنبيه لو كان قيمة المجموع عشرة
وقيمة كل واحد منفردا ثلثة فغصب احدهما ضمن خمسة على الاول

البوير

وسبعة على الثاني وقد يحتمل كونه ثلثة لانها قيمة التالف حين تلفه
فلا موجب للزيادة عليه كما قيل وعليه منع ظاهر فانه قد غصبه
حال انضمامه الى الاخر وقيمته في هذا الحال خمسة فعليها دليل قاعدة
اليد ونحوها هذا وقد يستدل على عدم ضمان نقص قيمة الباقي عند المالك
بعدم قطع يد السارق مع عدم بلوغ قيمة نفس المأخوذ نصابا لو وجب
القطع وان بلغ مع نقص البقية النصاب الموجب له كما يكشف عنه كثرة
الاجماع عليه لان الزائد انما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الخفين فكان
كما لو ذبح شاة وقيمتها ربع دينار في الحرز ثم اخرجها وقيمتها
اقل فانه لا يقطع فكذا هنا وقد يدفع بعدم التلازم بين الامرين
فان القطع متوقف على كون نفس المسروق نصابا والضمان اعم من
ذلك فقد يضمن بالتسبيب وبغيره فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الله ولا يملك
العين المغصوبة بتغييرها واخراجها عن الاسم والمنفعة
سواء كان ذلك بفعل الغاصب وبفعل غيره كالحنطة
تطحن والكتان يغزل وينسج اقول لا خلاف في ذلك بيننا
بل الاجماع بقسميه عليه للاصول وللمحكي من حمل الله تعالى الرشيد في خلافه
حيث غصب اما ملكه بذلك لتعذر ردها كما اخذها فيعود بدلها فيملك
كما قيل وضعفه ظاهر الا ان يرضى المالك بذلك فيكون معاوضة جديدة
كما هو واضح كوضوح انه لا اجرة للغاصب على عمله للاصل وعدم احترام
عمله لكونه غير مأذون به لا شرعا ولا من قبل المالك ولو اوجب نقصا
في قيمة المغصوب ضمن النقص ايضا ولو امكن للغاصب رده الى حالته الاولى
وجب عليه ذلك كما في الباب المتقدمة ولكن مع طلب المالك له

وان لم يرض بذلك لم يجز له لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه كما
هو واضح كوضوح انه لو زادت قيمة المغصوب بذلك فلا حق له
في الزيادة ولو كان العامل غير الغاصب استحق اجرة عمله على الغاصب
مع جهله بالحال واذن الغاصب له بالعمل لقاعدة الغرور مع احترام عمله
حتى لو رجع عليه بارش النقص كان له الرجوع به على الغاصب لما قلنا فتامله جيدا والله اعلم

قال قده ولو غصب مأكولا فاطعمه المالك او شاة
فاستدعاه ذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب
وان اطعمه غيره قيل يغرم ايهما شاء لكن ان اغرم
الغاصب لم يرجع الى الآكل وان اغرم الآكل
رجع الآكل على الغاصب لغروره وقيل بل يضمن
الغاصب من راس ولا ضمان على الآكل لان فعل
المباشر ضعف عن التضمين بمباشرة الاغترار
فكان السبب اقوى اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا
اشكال بل ظاهرهم انه من المسلمات والاجماعيات لا لاصالة بقاء
الضمان وعموم قاعدة اليد لعدم صدق التادية على ذلك لا لغة
ولا عرفا ولا شرعا ولا لانه فيه مباشرة الاتلاف فان المغرور
اقوى منه قطعا من غير فرق بين تصريحه بانه ملكه وطعامه وبين ظهور
ذلك من حاله بان يقدمه له على وجه الضيافة ونحوها مما يتحقق به الغرور
عرفا وكذا لو قال للمالك اذبح هذه الشاة فذبح فانه ضامن
لنقصها بالذبح ان ردها اليه بعده وتمكينه له من الذبح ليس تادية

٢ الآكل ص

لما

لها اليه وكذا تمكينه من بعض التصرفات والانتفاعات في الاتية
الجميع في الخلط واو بدلك ما لو اودعه او رهنه عند المالك
ما ليس له التصرف فيه اصلا ولو تمكنه من جميع التصرفات على وجه الاباحة
العامة او على وجه الهبة الجائزة فقد يشكل في كونه تادية حقيقة اشكال من
حيث عدم حقيقة الملك او عدم لزومه ومن حيث صدق التادية لها
الا كما عرفا فالعدم توقفها على الملك اللازم كما قيل وعليه منع ظاهر
كما اعترف به الفاضل ق وكثير من الاواخر وربما يفرق بين الاباحة
والهبة فيحكم بكون الهبة تادية اليه فقط لدعوى مساعدة العرف
على ذلك فتامل جيدا والله اعلم ولو وهبه هبة لازمة او اقرضه له او
نحو ذلك مما يفيد الملك اللازم عرفا وشرعا فلا ريب في صدق التادية
اليه عرفا فيرتفع الضمان وكذا لو غصبه المالك من الغاصب او سرقه منه
او نحو ذلك مما يفيد تسلطه على ماله تسلطا تاما على نحو ما كان قبل غصبه
منه وكذا لو دسه في امواله التي تحت يده وسلطنته وعدم العلم
بكونه هو ماله المغصوب منه غير قادح في صدق التادية اليه او وصول
التادية له في الخارج وان لم تكن بقصد من الغاصب كما لو اطارت الريح الثوب
المغصوب في القمة في يد مالكه فانه لا ريب في براءة ذمة الغاصب من
ضمان عهدته وزواله عنه وان لم يكن عالما بذلك وانكاره قد ينبه الملازمة
ولو تلف المغصوب وضمن الغاصب بمثله او قيمته ودفعه الى الغاصب
بعنوان الهبة اللازمة لا بعنوان الوفاء عما في ذمته وقبضه المالك
بعنوان الهبة ايضا فلا ينبغي التامل في عدم كونه وفاء اذ للمديون ان

٢ المالك ص

يهب شيئاً لمن له الدين مع بقاء الدين في ذمته اما لو قصد بذلك
الوفاء عما في ذمته وقبل المغصوب منه على وجه الهبة ففي بطلانه
لاحالة الغرور وعدم التطابق او صيرورته وفاء استشكالاً لان
التشخيص بيد المديون لا بيد من له الدين ولذا يجب عليه قبوله
مع بذل المديون له كما قيل وفيه ان ذلك انما يسلم مع اعلام
المالك بذلك لا مطلقاً حتى مع اظهاره انه هبة مثلاً التي لا
يجب قبولها عندهم وان امكن التزام نحو ذلك مع عدم قبول
المالك له الا على هذا الوجه او على ان يدسه في امواله من دون
اعلامه بذلك كما ذكروه في كثير من الموارد واما مع قبوله بمجرد
اعلامه بذلك من دون خوف ضرر على المديون اصلاً ففيه اشكال
ولا دليل على جواز نحو ذلك للمديون حتى في هذا الحال مع تحقق مخالفته
للاصول ودعوى على ذلك عهدتها على مدعيها كدعوى القطع
بعدم الفرق بين الحضار ايصاله بنحو ذلك وبين عدم
احضاره به كما لو طالبه في الدين وامتنع من دفعه له بانكاره
او غيره ثم قال له اعطيك شيئاً في سبيل الله تعالى ونوى به انه وفاء
عن دينه وقبله ذو الدين على انه هبة لا على انه وفاء عن دينه
ونحو ذلك بل لعل دعوى القطع بالفرق بينهما اوفق جداً والله اعلم
وفي القواعد انه لو امره بالاكل فباع او بالعكس او عتق الانتفاع
فالاقرب زوال الضمان الا في الاخير على اشكال وفي الغرور ولو
زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد
وبرئ الغاصب وفي الارش اشكال وفي التذكرة انه لو زوج الغاصب
الجارية المغصوبة من مالكها وهو جاهل فتلفت عنده لم يبرء

الضمان كما لو اودع المغصوب فتلف فان استولدها نفذ
الاستيلاد وهل يبرء الغاصب اشكال اقربه العدم الى غير ذلك
من الفروع التي يظهر حكمها من التأمل فيما مر منا ان الضابط في براءة
الغاصب انما هو وصول المغصوب الى يد المالك وصولاً تاماً
بحيث يعد من امواله عرفاً او يجب ان يدخل في ضمانه لو كان ملكاً
لغيره كبيعه بعد الامر بالاكل ونحو ذلك فاذا انتفى الامران لم يبرء
من الضمان كما في الاستيلاد قبل ظهور الحال كما اعترف به كثير ممن تأخر
عن الفاضل زيادة على نحو ما في التذكرة فلاحظ وتأمل والله اعلم واما الثاني
فقد اختلفوا فيه على قولين اصحهما المختار ان للمالك الرجوع على ايهما شاء
لانه من جزئيات تعاقب الايدي على المغصوب غاية الامر رجوع الآكل
على الغاصب ان رجع المالك عليه ابتداء ولكن قد يمنع بمنع ثبوت
اليد للآكل المبذول له حضور الآكل وليس ذلك يداً موجبة للضمان
فلا يستحق المالك الرجوع عليه ولعله لذا قيل كما في المتن وغيره يرجع
المالك على الغاصب فقط لانه هو ذو اليد دون الآكل ودعوى
ان الرجوع عليه انما هو لقاعدة الاتلاف لا الغصب التي لا ريب في شمولها
له للغرور وعدم لا لقاعدة تعاقب الايدي على الغصب ولذا لو لم يأكله ورده
على الغاصب لم يكن للمالك ان يرجع عليه لقاعدة اليد قد تدفع بعدم
الدليل على القاعدة المزبورة اذ عمدة دليلها انما هو الاجماع
عليها ولا اجماع هنا كما قيل وعليه منع ظاهر خصوصاً بعد اتفاقهم على استقرار
الضمان على الآكل لانه هو المتلف وهو الذي عادت اليه المنفعة كما قيل
وخصوصاً بعد عدم معروفية القائل بانه لا ضمان كما اعترف به غير واحد

في الضابط لبراءة الغاصب

٢ مال الغير

الاجماع

من المنتجعين لكلمات الاصحاب وانما يعرف لبعض العامة كما في التذكرة وغيرها
وفيها ايضا ان الذي يقتضيه مذهبنا انما هو الاول ولعله كذلك فلاحظ
وتامل والله اعلم قال ره ولو غصب فحلا فانزاه على
الانثى كان الولد لصاحب الانثى وان كانت
للغاصب ولو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب
النقص وعليه اجرة الضراب وقال الشيخ
في المبسوط لا يضمن الاجرة والاول اشبه
لانها ليست محرمة اقول اما الاول فلا نعرف فيه
خلافا بل نفى الخلاف فيه ثاني الشهيدين ره وغيره وفي جامع
المقاصد لا نزاع فيه والظاهر ان هذا الحكم مجمع عليه وان رد عليه
ان الولد من الفحل ولا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب
اذا نبت في ارض الغير وقد يدفع بما قيل من وضوح الفرق بينهما
فان النطفة لا قيمة لها وليست مملوكة بعد انفصالها ولا واجبة
الرد الى مالك الفحل والنشو والنماء انما هو من الانثى وليس كذلك
الحب فانه مملوك له قيمة ويجب رده الى مالكه ولهذا اطبقوا
مع اختلافهما في الحكم ويؤيد ذلك السيرة المستمرة الموروثة للقطع
بذلك [illegible] التامل فيه كالاجتهاد في مقابلة النص كما قيل وبان
انعقاد الولد من مني الذكر ومني الانثى ولا دليل على [illegible]
ولا اشتراكه بينهما فيجري عليه حكم المباحات التي تملك بالحيازة ولا
ريب في حصولها لمالك الانثى كما [illegible] الوجدان والمعتاد بين الناس

من زمن

من زمن آدم ع الى الآن من غير فرق بين المغصوب والمأذون
فيه وغيرهما كما لو نزى الفحل على الانثى من دون علم المالك بذلك
وقع فلا مجال للتامل في ذلك كما وقع للمقدس ره ونحوه فلاحظ وتامل
والله اعلم واما الثاني فلا خلاف فيه ولا اشكال للقاعدة المذكورة ونحوها
وانما الخلاف في الثالث ففي الشيخ انه لا اجرة على الغاصب للاصل
ولان النبي ص قد نهى عن كسب الفحل وعن السير ان في ذلك حكاية
مذهب الحنفي فلا يتوهم متوهم ان ذلك اعتقاده واما مذهب
اهل البيت ع فانما هو لزوم الاجرة عليه كما نص عليه كثير منهم بل
هو ظاهر الاكثر بل المشهور كما يظهر من العبارات بل عن التذكرة
والنهاية نسبته الى علمائنا لانها منفعة محللة قد استوفاها الغاصب
فتكون مضمونة عليه بل ربما يقال بضمانها عليه مع فواتها تحت يده
كما في باقي المغصوبات او مع كونها مما يستاجر عليها عادة فقط
دون ما لم تجر العادة على استيجارها لاجل كشم التفاحة ونحوه وان
كان لو اتفق وقوع عقد الاجارة عليها لصح وملكه المستاجر الا
انها لا تعد مالا عرفا بخلاف الشق الاول فانه يعد عرفا مالا فتفوت
على صاحبها بيد الغاصب فيضمنه له كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم
قال ره ولو غصب ما له اجرة وبقي في يده حتى
نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل لزم الاجرة
والارش ولم يتداخلا سواء كان النقصان
بسبب الاستعمال او لم يكن اقول قد صرح بذلك
كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم بل ظاهرهم الاتفاق
عليه خصوصا فيما لو كان النقص بغير سبب الاستعمال لاصالة عدم التداخل

بين اسباب الضمان ولان الاجرة عوض المنفعة المستوفاة او
الفائتة في يده وان لم يكن معها نقص في العين والارش عوض
نقص العين وان لم يستعمل اصلا ولا تلازم بينهما فيضمنان معا
وتوهم ان النقص بسبب الاستعمال داخل في الاجرة فلا يضمن مرة
اخرى ولذا لا يضمن المستاجر الاجزاء التالفة بسبب استعمال العين
المستاجرة ولان الاجرة تزيد بسببه على ما ينقص بسببه اصلا
فلو لم يكن داخلا في الاجرة لم تحصل الزيادة بها كما قيل يدفعه
انه لا موجب لدخوله فيها اصلا وعدم ضمان المستاجر والمستعير
للنقص المزبور انما هو من جهة اذن المالك بالتصرف المستلزم
لذلك عادة فلا يدخل في ضمانه بخلاف المقام الذي لا اذن فيه
اصلا خصوصا مع النهي عنه كما هو المفروض فانه لا موجب لعدم ضمانه
مع وجود سببه كما هو واضح كوضوح عدم ملاحظة النقص المزبور حين
التقويم وانما يلاحظ خصوص الانتفاع به كما يشهد عليه الوجدان
واتفاق حصوله في الخارج غير قاض بملاحظته حين التقويم بل قد
تتعذر ملاحظته عادة لجهالة مقداره بل وجهالة اصل وقوعه في
كثير من الموارد هذا وقد يستدل على المشهور ايضا باستصحاب بقاء
حكم كل واحد من السببين قبل اجتماعهما كما قيل وفيه انه ليس هنا
سابق متيقن ولاحق مشكوك مع تعدد الاحوال ليس من موارده
عندهم فلاحظ ولا تغفل والله اعلم وربما احتمل لزوم اكثر الامرين
من الاجرة والارش للاصل ولدخول الاقل في الاكثر فلا يكون مستقلا
عنه كما قيل ولان النقصان قد نشأ من الاستعمال وقد قوبل
الاستعمال بالاجرة فلا يجب له ضمان آخر والا لوجب ضمانان

لشيء

لشيء واحد كما قيل وعليه ينبغي ظاهر كما اعترف به القائل وكثير من الاواخر
لان الاجرة انما وجبت لفوات المنفعة على المالك فتجب وان لم يستعمل
اصلا كما انها تجب وان لم ينقص شيء من الاجزاء فلم يجتمع ضمانان
لشيء واحد مع ان فوات الاجزاء في يد الغاصب سبب لضمان
والانتفاع سبب آخر لضمان الاجرة فلم يجتمعا في شيء واحد ومع تسليمه
واقترانهما في الخارج ليس من الاجتماع في شيء واحد كما هو واضح وقد
يورد عليه ايضا بان الارش اذا كان اكثر كيف يتصور اجزاؤه عن
الاجرة وقد يدفع بان الارش ارش اجزاء تلفت بالاستعمال
في المنفعة فلو اخذ اجرتها يكون قد اخذ اجرة شيء معدوم بعد
عدمه فان كان الارش اكثر اغنى عن الاجرة كما قيل وفيه ان
الاجرة ليست للاجزاء التالفة وانما هي لنفس العين الموجودة
التي قد نقص بعض اجزائها فقد يكون ذلك سببا لنقص
اجرتها في زمان نقصها على نحو ما ذكره كثير منهم فيما لو انتقصت
قيمة العبد بسقوط عضو منه بآفة سماوية من انه يضمن الارش
والاجرة له قبل النقص سليما وله بعده معيبا لان الزمان الذي
قبل النقص كانت منفعته منفعة تامة لسلامته بخلاف ما بعده
فان المنفعة فيه ناقصة لنقص العين وقد وجب ارش الفائت
من حيث فواته فلا يجب شيء آخر لان وجوب اجرة شيء معدوم
بعد عدمه غير معقول كما قيل والامر سهل والله اعلم قال ره ولو

اغلى الزيت فنقص ضمن النقصان ولو اغلى
عصيرا فنقص وزنه قال الشيخ لا يلزمه ضمان
النقيصة لانها نقيصته الى الرطوبة التي لا قيمة
لها بخلاف الاول لكن في الفرق تردد او اول
بل الوجه عدم الفرق بينهما وفاقا لاكثر المتاخرين او جميعهم
كما اعترف به بعضهم لاشتراكهما في النقص الحسي لنفس
المغصوب الموجب لضمان مثله ان كان من المثليات
ولضمان قيمته ان كان من القيميات ولكن لو زادت
قيمة الباقي بحيث ساوت قيمة المجموع قبل النقص المفروض
او زادت عليها ففي ضمانه اشكال لرجوع الاصل وعدم فوات
مال على المالك كما قيل ومن ثبوت النقص الموجب للضمان
شرعا وزيادة قيمة الباقي لصفة قد حدثت فيه غير قاضية
بسقوط ضمانه شرعا ودعوى ان الزيادة والنقصان
يستندان الى سبب واحد فينجبر النقصان بالزيادة ممنوعة
ان لم يكن على عدمه بل هي مصادرة محضة كما هو واضح هذا
ولو نقصت القيمة بعد الوزن ضمن النقص لقاعدة اليد
ونحوها ولو لم تنقص القيمة ولا الوزن فلا شيء على الغاصب
للاصل وغيره ولو نقصت القيمة مع الوزن ضمن كل النقص
مع البقاء الا اذا كان ما نقص من القيمة اكثر مما نقص من
العين

العين فيلزمه مع مثل الذاهب ارش نقصان الباقي لان
المفروض عدم عود القيمة بعود الكمية الاولى هذا واما ما
عن المبسوط بل في الخلاف كما قيل من عدم ضمان النقص في
العصير للاصل ولان الذاهب منه انما هو الرطوبة التي لا مثل لها
ولا قيمة لا عرفا ولا شرعا وانما يكون العصير ذا قوام شديد
الحلاوة ففيه غير محله للزوم الخروج عن الاصل بقاعدة اليد
ونحوها مع توجه المنع الى التعليل المزبور اذ لا طريق الى العلم
به عادة فلو فرض حصول العلم به باخبار معصوم ع مثلا اتجهت
مقالة الشيخ وليس في كلام المشهور ما ينافيه بل لعله موافق
اليه ولعل النزاع فيما لفظي او موضوعي فتامل جيدا والله اعلم
ولو خلل العصير فنقصت عينه دون قيمته ضمن النقص ايضا
بل وكذا لو صار الرطب المغصوب تمرا والعنب زبيبا واللبن
جبنا او عصيرا او زبدا او نحو ذلك لان الجميع مثلي وقد نقص
نقيصة حسية فيضمن مثله وان زادت قيمته في الحال الاخر
الذي هو الاقل كما قيل وقد يورد عليه بتعذر ضمان الاجزاء الناقصة
بمثلها اذ لا مثل لها اصلا فحينئذ فيتعين ضمانها بالقيمة كما قيل
وفيه انه لا قيمة لها ايضا فلا تضمن بشيء اصلا الا ان تؤثر نقصا
في قيمة نفس المغصوب فيضمن ارش النقص كما في نظائره فتامل
جيدا والله اعلم قال رحمه الله النظر الثالث في اللواحق
وهي نوعان النوع الاول في لواحق الاحكام

وفي مسائل الاولى اذا زادت قيمة
المغصوب بفعل الغاصب فان كانت
اثرا كتعليم الصنعة وخياطة الثوب
ونسج الغزل وطحن الطعام رده
ولا شيء له ولو نقصت قيمته بشيء
من ذلك ضمن الارش اقول لا خلاف في
شيء من ذلك ولا اشكال بل ظاهرهم الاجماع عليه
عملا بالاصول والقواعد الشرعية من غير فرق بين زيادة
القيمة بفعل الغاصب وعدمها لعدم احترام عمله شرعا
وعرفا وح فان لم يمكن رده الى الحالة الاولى رده
الى مالكه بحالته مع ارش النقصان ان اتفق نقصان
قيمته وان امكن رده الى الحالة الاولى فان رضي
المالك لم يكن للغاصب رده الى ما كان عليه فان الزمه
المالك الرد الى الحالة الاولى لزمه ذلك مع ارش النقصان ان
نقص عما كان عليه قبل تلك الزيادة ولا يضمن الغاصب
تلك الزيادة الحادثة بفعله للاصل ولاذن المالك له
بلا خلاف فيه هو المعروف ولا يخرج منه [illegible] ان لم يكن عليه اجماع
لعدم التنافي بين الاذن والفارق المستفاد من قاعدة
اليد ونحوها هذا ومن المعلوم ان المراد بخياطة الثوب مخصوص
بما لو كانت الخيوط للمالك اذ لو كانت للغاصب لم تكن
اثرا

اثرا محضا ولو شق الثوب او كسر الاناء لم يجبر الغاصب على
اصلاحه لانهما لا يعودان الى الحالة الاولى بذلك مع احتماله
لانه اقرب الى الحالة الاولى وعليه الارش ايضا الا انه مما لا
شاهد عليه مع اصالة عدمه ومع عدم ثبوت مؤاخذته باقرب
الاحوال في نظائره والله اعلم ولو صاغ النقرة حليا فان
رضي المالك رده عليه بهذا الوصف وان لم يرض به
وطلب رده الى الحالة الاولى لزمه ذلك مع ارش النقص
لما قبل الوصف المزبور بل والى بعده ايضا في وجه قوي بل عن
بعضهم القول به ان لم يكن اجماع على خلافه واتى بذلك في نحوه
الفروع التي قل من تعرض لها وفي القواعد انه لو صاغ النقرة
حليا رده مالكه فلو كسر ضمن الصنعة وان كانت من جهته
وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن ارش الصنعة
ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة بالكسر ونحوه في كثير من العبارات
وفي جامع المقاصد وكذا لو علف الدابة فسمنت لان السمن من الله
تعالى وليس هو عين العلف ثم قال واما عدم ضمان الصنعة فلان تلف
الصنعة مع سبكها نقرة غير ممكن فيكون الامر برده ماذونا في اتلاف الصنعة
واما ضمان ما نقص من قيمة اصل النقرة فلان ذلك من فعله وليس
النقصان من لوازم الكسر بخلاف الصنعة اذا اريد ردها نقرة ولو
سلم كون النقصان المزبور من لوازم الكسر ايضا لم يسقط ضمان ما نقص بالامر
به لان الصياغة جناية من الغاصب فيكون مضمونا عليه وامر المالك
باعادة العين كما كانت لا يوجب سقوط الضمان لبقاء الفصل حصول
التسليم التام حتى لو تلف العين في حال ردها الى البلد وقد امره المالك

بذلك يضمن بخلاف الصفة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب
ولم تستقر للمالك في ذمة الغاصب فيضمن هذا لو علف الدابة
بعد نقله لها الى موضع بعيد فسمنت ثم امره المالك بردها
على الفور على وجه يستلزم هزالها بموالاة السير لا يضمن السمن
الناقص ويشكل بانه لو كان سمينا عند المالك فغصبه ونقله
على وجه لا عنف فيه فبقيت سمينة ثم اجبره المالك على ردها
على الفور فزال سمنها لم يضمن فهو ينافي تضمين النقصان بالامر
بكسر الحلي المصوغ وفي الفرق نظر فينبغي تأمله وعن نسخة منه
ايضا ويختلج في الفرق شيء ينبغي تأمله بعد ذلك وهو ان طلب
المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصفة بخلاف رد السمين
اذا استلزم رد الهزال وبخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي
ذلك ولا منافاة بين ملكية السمن والرضا به وطلب الرد
على الفور وان علم هزالها به للاعتماد على كون ما ينقص بالكسر من
العين مضمونا عليه ويمكن ان نفرق بينهما بوجه آخر وهو ان
الامر برد الحلي نقرة يدل على عدم قبول الصفة والترخيص في اتلافها
بخلاف ما ينقص بالكسر من اصلها لان الامر بالكسر لا يقتضي قبول
النقص من الصفة وان كان لازما له لا محالة فهو محسوب من جملة
المؤنة الواجبة على الغاصب فانه لو امره المالك برد الدابة الى بلد
الغصب وكان ذلك مستلزما للهزال لا يكون دالا على عدم ارادة
السمن والترخيص في اتلافه فيكون من باب المقدمة كالعلف والسقي
وينبغي التامل في الفرق بينه وبين الاول انتهى ووجه النظر فيه
غير خفية على المتامل في جميع عباراته اذ باب المقدمة مشترك

بين

بين نقصان الصفة المملوكة للمالك باعترافه وبين نقصان اصل العين
في الفرق بينهما من هذه الجهة في غير محله ودعوى ان الفارق بينهما
انما هو حكم العقلاء واهل العرف بعدم ضمان الصفة المأذون باتلافها
مقدمة للرد مع اصالة البراءة وحكمهم ايضا بضمان نقص اصل العين
وان كان مقدمة له ايضا لقاعدة اليد ونحوها تدفعها ان القاعدة
المزبورة مشتركة بينهما ايضا فيخرج بها عن الاصل ولا مجال لحكم العقل
في امثال ذلك كما هو واضح واولى بالمنع دعوى ان الفارق بينهما
انما هو الاجماع على عدم ضمان الاول دون الثاني فلاحظ وتامل
والله اعلم واما السمن فالمتجه ضمانه مطلقا وان حدث عند الغاصب
لقاعدة اليد ونحوها والامر بردها المستلزم للهزال عنفا ليس اذنا
باتلافه ولو سلم فلعله للاعتماد على ضمانه خصوصا في السمن الكائن عند
المالك قبل غصبه ولا دلالة فيه على عدم ارادة السمن ولا على عدم قبوله
كما قيل به في الصفة اللهم الا ان يمنع المالك عن السمين كما في دابة
الركوب التي يضر بها السمن ويمنعها من شدة العدو الذي هو المراد
منها عند اربابها فانه قد يعد السمن فيها عيبا فيها فاذا غصبها سمينة
ثم زال سمنها عنده لم يكن مضمونا عليه قطعا كسائر العيوب الكائنة
عند المالك التي تزول عند الغاصب كدبر الدابة ومرضها ونحوهما وهذا
بخلاف الدابة التي يطلب سمنها ويرغب فيه فان الامر بردها لا يكون
دالا على عدم قبوله كما قيل به في الصفة ولكن قد يقال بان عدم قبوله في
الصفة مع انه لا اثر له بعد ملكيته لها قهرا تبعا لملك العين والامر برد
الحلي نقرة قد يكون للاعتماد على ضمان الغاصب لما نقص من المغصوب
مطلقا وان كان قد زاد عند الغاصب بفعله لان ذلك من مؤنة الرد و

مقدماته الواجبة عليه تبعا لوجوب الرد عليه شرعا كما هو واضح
فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وان كان عينا كان له اخذها
واعادة المغصوب وان شئت لو نقص ولو صبغ
الثوب كان له ازالة الصبغ بشرط ضمان الارش ان
نقص الثوب ولصاحب الثوب ازالته ايضا
لانه في ملكه بغير حق ولو اراد احدهما ما لصاحبه
بقيمته لم يجب على احدهما اجابة الاخر وكذا
لو وهب احدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له
القبول ثم يشتركان فان لم تنقص قيمة مالهما
فالحاصل لهما وان زاد فلهما كذلك ولو زادت
قيمة احدهما كانت الزيادة لصاحبها وان
نقصت قيمة الثوب بالصبغ لزم الغاصب الارش
ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمة الصبغ
اقول اما الاول فقد نص عليه كثير منهم بل نسب الى الاشهر بل الى
المشهور مط وان لم يأذن له المالك بذلك وان نهاه
عن ذلك كما عن الشيخ وابن زهرة ويحيى والفاضل في اكثر كتبه
والشهيدين الثانيين وغيرهم بل هو المشهور خصوصا بين المتاخرين
تمسكا بالاصل وعموم تسلط الناس على اموالهم وحقوقهم كما قيل
ولكن عن الايضاح انه لا خلاف في منع الغاصب عن الازالة فيما نقص
الثوب بها ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص
الثوب اصلا ولعله لحمله كلام المشهور على صورة الثانية فقط
او لحمله على صورة عدم العلم بالنقص واما مع العلم به فليس للغاصب
ازالته

ازالته وقد يدفع بمنافاته لاطلاقهم بل والصريح كثير منهم كما
لا يخفى على المتتبع لعباراتهم حتى استغرب ذلك منه بعضهم
والامر سهل وعن الكاتب انه ليس للغاصب قلع
الصبغ بدون اذن المالك فان لم يرض دفع قيمة
الصبغ الى الغاصب ووجب عليه قبولها وفي
التنقيح انه اختاره المخ وانه جيد وعليه الفتوى وعن
حاشية مجمع البرهان اختياره وفي الرياض انه غير بعيد
نظرا الى قواعدهم المقررة في الغصب بل هو الاجود
وفي المخ انه اذا غصب الغاصب الثوب بصبغ منه
قال الشيخ ره وهو المشهور بان للغاصب قلع صبغه وعليه
ما نقص من الثوب بالقلع والوجه عندي انه ليس له
ذلك الا باذن المالك فان لم يرض ودفع قيمة الصبغ
الى الغاصب وجب عليه قبوله وهو ظاهر الكاتب لاستهلاك عين
الغاصب وعدم انتفاعه بصبغه واستلزام قلع صبغه التصرف في مال
الغير بغير اذنه ومن العجب ايجاب التمكين على المالك من اخذ الصبغ
وان نقص ثوبه وعدم قبول عوض الصبغ منه واجبار الغارس المستعير
للارض على اخذ قيمة الغرس من المالك اذا دفعها اليه مع ان المالك
هنا لم يأذن بالصبغ وعليه ضرر في اخذه من ثوبه وقد يورد عليه
اولا بان محل البحث انما هو صورة امكان حصول بعض الصبغ

للغاصب في انتفاعه به عادة وح فلا وقع للتعليل الاول كما هو واضح
ولو سلم انه اعم من ذلك كما هو مقتضى اطلاق المتن ونحوه فقد
يقال بجوازه مط وقد يقال بعدمه كذلك وقد يفصل في المالك
وغيره انه لو كان الصبغ للغاصب فان كان مجرد تمويه لا
يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضي المالك
وهل له اجباره عليه فيه وجهان احدهما نعم لانه قد يريد تغريمه
ارش النقص الحاصل بازالته وثانيهما لا لانه ح كقصارة الثوب
والاقوى الاول وان حصل بالصبغ عين مال فاما ان يمكن فصله
عنه او لا يمكن ففي الثاني يصير شريكا للمغصوب منه لانه عين مال
انضم الى ملكه الى ان قال وفي الاول فوجهان احدهما ان للغاصب
فصله وازالته مط مع ضمان ارش الثوب ان نقص وثانيهما
انه ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب اليه لاستلزام
التصرف في مال الغير بغير فائدة مع كونه متعديا في اصل الفعل
والاشهر اجابته كما يقتضيه اطلاق المصنف وغيره لانه لولاه
لزم منه عدوان آخر وهو التصرف في مال الغير بغير حق اذ لا سبيل
الى تملكه بعوض او بغير عوض قهرا او بقاء الثوب في يد المالك
ممنوعا من التصرف فيه لاجل الصبغ وهو ضرر آخر فكانت اجابة
الغاصب اصلح وفيه جمع بين الحقين فيجاب اليه وان
نقص الثوب مع ضمان ارشه فتامل جيدا والله اعلم وقد يورد عليه
ثانيا بان عدمه مستلزم ايض للتصرف في مال الغاصب وهو غير جائز
ومعصيته بالغصب لا توجب سقوط احترام ماله كما هو واضح
او للغاصب ح
فينبغي ان يوقف المال ولا يتصرف به المالك ح وذلك ضرر

على المالك

على المالك

على المالك ودفعه قد يكون بتسلطه على ازالة الصبغ بنفسه
او باذنه ولو للغاصب لانه قد دفعه بغير حق فلا احترام
لماله كما في نظائره وقد يكون برفع امره الى الحاكم فيكون
هو المتولي للفصل المزبور حسما لمادة النزاع واصلاح
ذات البين وجمعا بين الحقين من دون ترجيح
لاحد الطرفين كما قيل فتامل جيدا والله اعلم وثم لنا ان
التعجب المزبور لا يرد على غير الشيخ ممن يمنع الحكم المزبور
في الغرس ايض كما قيل والامر سهل والله اعلم ورابعا انه لا دليل
على وجوب قبول الهبة على الغاصب في صبغه بان
ينقله اليه بعقد من عقود المعاوضات بل ولا على انتقال
صبغه الى مالك الثوب وشغل ذمته بعوضه قهرا عليهما
مع اصالة عدمهما ودعوى ان الجمع بين الحقين وتسلط
كل منهما على ماله وحقه قد يقتضي ذلك والا لزم تعطيل
المال عليهما مدفوعة بانه قد يكون المرجع في ذلك الى
الحاكم فيتخلص احدهما عن الاخر وبدفعه الى صاحبه ولا اجماع
على خلافه لا بسيط ولا مركب بل قد يحمل كلام المشهور على مجرد
طلب الغاصب فكان التلازم على مباشرته لها كما هو ظاهرهم وقد
يكون الولاية للمالك على نحو ما لو الغ ان فيه وفي غيره
فان لصاحب الدار اخراجه منه قطعا فتامل جيدا والله اعلم واما الثاني

فلا نعرف فيه خلافا بل ظاهرهم الاتفاق عليه لانه موضع في مال الغير حق
وبذلك يترجح المالك على الغاصب فلا موجب للرجوع الى الحاكم
وح فيجبر الغاصب على فصل الصبغ مع امكانه وان تضرر الغاصب
بنقص ماله او تلفه مع دفع ارش نقص الثوب ان حصل الى المالك
لانه هو الذي قد ادخل الضرر على نفسه مع وجوب رد المغصوب الى
صاحبه كما اخذه منه وقد صرح بذلك كثير منهم كما عن الشيخ والفاضل
وولده وغيرهم ولكن عن التذكرة انه هل يملك المالك اجبار
الغاصب على قلع الصبغ الاقرب انه ان كان له غرض كان له ذلك
وكذا ان كان للصبغ قيمة والا فلا قيل لانه ح عبث وتخيير للغاصب
مع نقص الثوب ومعاندة له اولا حالة عدم تسلطه على ذلك ح
مع الشك وضعف الدليل برد المغصوب الى مالكه كما اخذه لمثل ذلك
كما قيل وعليها معا منع ظاهر كما اعترف به الفاضل في القواعد وغيره
ففي القواعد انه يجبر وان استظهر بعدم القيمة او نقصت قيمته بل صرح
بعضهم بان له اجباره وان لم ينتفع بالصبغ اصلا وان استظهر بارش
الثوب ايض لان ذلك مستند الى تقصيره وعدوانه فهو الذي قد
ادخل الضرر على نفسه فلا يلتفت اليه كما في نظائره فتم جيدا والله اعلم
واما الثالث فهو المشهور بل مقتضى الاصل وعموم تسلط الناس على اموالهم
وانها لا تحل الا بطيب نفس اربابها والادلة [illegible] مع تراضي منهما ونحو
ذلك مع عدم وجوب تحمل المنة في قبول الهبة ونحوها للاخر المالك ولا
من الغاصب ولكن في التذكرة انه لو ترك الغاصب الصبغ على المالك وكان
ممكن الانفصال فالاقرب انه لا يجب على المالك قبوله كالبناء والغرس
اذا تركه الغاصب ويحتمل وجوب القبول لان الصبغ صار كالصفة التابعة

للثوب

٢ المالك ح

للثوب المحلول فيه والثالث فعليه وجهان وفي الكفاية انه لو طلب احدهما
البيع قيل يجبر الغاصب على الاجابة ان كان الطالب صاحب الثوب
دون العكس ويحتمل ان لا يجبر احدهما على موافقة الاخر لكل الشركة
وان يجبر المالك على الاجابة للغاصب ايض لتسوية بين الشريكين وح
يورد عليه بان الاحتمال الثاني لم نجده لاحد من العامة والخاصة مع
وضوح ضعفه ايض وفيه ما فيه فتدبر فيه واما الاحتمال الاول فهو المشهور
خلافا لابن الجنيد وغيره كما مر في كلامهما ايضا اذ فيها انه لو صبغ الغاصب
الثوب بصبغ منه فان كان لا يحصل بالنزع عليه فالظاهر انه ليس
للغاصب النزع بغير رضا المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان ولعل الاقرب
ذلك وان حصل بالاصباغ عليه [illegible] فاما ان يمكن فصله ام لا فان امكن
فصله عن الثوب فقيل للغاصب ذلك التزاما (?) مع ضمان ارش الثوب
ان نقص وقيل بانه ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب الى ذلك لاستلزامه
التصرف في مال الغير بغير فائدة مع كونه متعديا في اصل الفعل والاشهر
اجابته ولو طلب احدهما ما الصاحب بالقيمة لم يجب القبول على الاشهر الاقرب
لان الاصل عدم التسلط على مال الغير وقال ابن الجنيد اذا لم يرض المالك
بالقلع ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب القبول وهو حجة (?) الشيخ ولو طلب
احدهما البيع الح آخر ما سبق انهم الآن مريد به طلب احدهما البيع على غيره ٢
فيختلف في موضوع الحكمين ولا يكون الاحتمال الثاني في مقابلة المشهور
بل في موضوع آخر الا ان الادلة الشرعية لا تساعد على الفرق بين طلب
احدهما للبيع على نفسه وبين طلبه للبيع على غيره بعد الاتحاد

٢ كما هو غير بعيد ح

المناط المعتبر فيها نفيا واثباتا كما هو واضح هذا وفي كرة انه اذا لم يمكن
فصل الصبغ ودفع صاحب الثوب قيمته الى الغاصب وجب
عليه قبولها لانه لا ذريعة الى تصرفه في ثوبه الا بان يدفع قيمة
الصبغ الى الغاصب وضعفه ظاهر كما في سائر المشتركات بين مال
المالك ومال الغاصب وكذا ما عن الايضاح وعن القواعد والروضة
وغيرها من ان لصاحب الثوب الامتناع عن البيع لو طلبه الغاصب
دون العكس لوضوح عدم الفرق بينهما ايضا ودعوى انه لو لم
يجبر على اجابة المالك لكان ضررا على المالك لان بيع الثوب
وحده مظنة قلة الراغب فيه لمكان عيب الشركة فينقص
الى عشر البيع وقلة القيمة يدفعها ان هذا الضرر مع تسليمه في بعض
الاحوال مجبور بارش العيب المذكور ولو لم يوجب نقصان الثوب
فلا دليل على لزوم جبرانه كما في نظائره بل لا يعد ضررا عرفا ولذا
قيل بانه مجرد اعتبار لا يرجع الى دليل معتبر فلاحظ وتدبر والله اعلم
وان اشتراكهما حكما لا حقيقة فلا ريب فيه بل الظاهر انه من
المسلمات عندهم قهرا عليهما مع عدم امكان الفصل وباختيارهما
مع امكانه وتراضيهما على عدمه ثم ينظر ان كانت قيمته مصبوغا
مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة
وقيمة الصبغ عشرة وهو يساوي بعد الصبغ عشرين ولم تتغير
قيمتهما فهو بينهما بالسوية ولو كان ذلك لزيادة قيمة الثوب
ونقصان قيمة الصبغ فهو بينهما بالنسبة كما لو ارتفعت قيمة
الثوب

الثوب ونقصان قيمة الصبغ فهو بينهما اثني عشر وانخفضت قيمة
الصبغ الى ثمانية ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب فالزيادة
لمالكه خاصة او لزيادة الصبغ فالزيادة للغاصب خاصة او
لزيادتهما معا فهي بينهما على نسبة الزيادة في كل منهما ولو كانت
الزيادة بسبب العمل خاصة فهي بينهما لان كل واحد منهما
قد زاد [illegible] بالصنعة والزيادة بفعل الغاصب اذا
استندت الى اثر محض فتسلم للمغصوب منه ولو نقصت قيمته
عن قيمتهما فالنقصان على الغاصب خاصة لانه ان كان من
الصبغ فظاهر وان كان من الثوب فضمانه عليه اذ لم يستند
النقصان الا الى الثوب وحده باعتبار السوق حتى انه لو نقص
والحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب ارش النقصان
ولا شيء له لمكان الصبغ اي عينه لكونه من العروض التي تعلم الكلام
من القواعد السابقة فلا ثمرة مهمة في الاكثار منها فلاحظ وتأمل
والله اعلم تنبيهات الاول لو صبغه الغاصب بصبغ للمالك
ايضا فان لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك ولا غرم
على الغاصب ولا شيء له وان زادت القيمة لان الموجود منه اثر
محض وان حدث بفعله نقصان غرم الارش واذا امكن الفصل
فللمالك اجباره عليه وللغاصب الفصل اذا رضي المالك وعلى
حدث به نقص كان مضمونا عليه بارشه كما في نظائره فتدبر والله اعلم

الثاني لو كان الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب فان لم يحدث
بفعله نقصان فلا غرم على الغاصب وهما شريكان في الثوب
المصبوغ على نحو ما سبق وان حدث به نقصان فان تغيرت
قيمة الثوب فهو لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ
للمغصوب منه وان زادت بما لا يبلغ قيمة الصبغ فالزائد
لمالك الصبغ ويغرم الغاصب له الباقي وان زادت عنهما
فهو بينهما بالنسبة هذا كله اذا لم تنقص القيمة السوقية لاحدهما
والا اعتبرت النسبة على نحو ما سبق ولو امكن فصله فلهما الزام
الغاصب به ولصاحب الثوب طلب الفصل ايضا فان حصل
به نقص فيهما او في احدهما عما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب
لانه مضمون عليه كما في نظائره فتنبه جيدا والله اعلم الثالث لو
اطارت الريح مثلا ثوبا في القبة في المصبغة صار مشتركا
بين مالكيهما فيتراضيان مع عدم امكان فصلهما ومع رضاهما مع امكانه
ولو زاد قيمتهما فلهما ولو نقصت فعليهما على نحو ما تقدم في نظائره
والله اعلم قال ره ولو بيع مصبوغا بنقصان من
قيمة الصبغ لم يستحق الغاصب شيئا الا بعد
توفية المغصوب منه قيمة ثوبه على
الكمال ولو بيع مصبوغا بنقصان من قيمة الثوب
لزم الغاصب اتمام قيمته اقول لا خلاف فيه في ذلك
بل ظاهرهم الاتفاق عليه لقاعدة اليد ونحوها مما يقتضي ضمان
الغاصب لجميع ما ينقص من نفس المغصوب عند ارتفاع

السوق

السوق لبعض الرغبات على نحو ما تقدم في نظائره فلاحظ وتأمل
والله اعلم قال ره الثانية اذا غصب دهنا كالزيت
او السمن فخلطه بمثله فهما شريكان وان
خلطه بادون او اجود قيل يضمن المثل لتعذر
تسليم العين وقيل يكون شريكان في فضل الجودة
ويضمن المثل في فضل الرداءة الا ان يرضى المالك
باخذ العين اما لو خلطه بغير جنسه لكان مستهلكا
وضمن المثل اقول اما الاول الذي ظاهره ارادة الشركة
الحقيقية فلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما سبق البحث عنه في كتاب
الشركة كما قيل ولكن في الثاني كلام هنا نسبته الى المشهور والاكثر لان
عين المالك موجودة في الجملة وغايته انها ممتزجة بغيرها وذلك
لا يخرجها عن ملكه ولان في اثبات الشركة ايصال المالك الى بعض
حقه بعينه واما بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب فكان
اولى من ايصاله الى بدل الكل وقال ابن ادريس ينتقل الى المثل
بالمزج وان كان بالمساوي لاستهلاك العين اذ لا يقدر الغاصب
على رده لو طلبه المالك وحج فللغاصب ان يعطيه من الزيت المخلوط
او من غيره كما هو مقتضى اصول المذهب وقد تؤيد عليه بانه لا شك
في اصول المذهب تقتضي الخروج بذلك عن الملك ولا الخروج بالاختلاط
ايضا بغير اختياره او برضا منهما كما انه ليس في شيء منها يقتضي الانتقال عن
الملك بمحض التعذر فلو غصب رطلا من زيد ورطلا من عمرو وخلطهما
فانهما يكونان بذلك مالكين فانما تقتضي اصول المذهب بقاء كل منهما على

ملك مالكه ويجري عليها حكم المشترك بالاتلاف والبيع ونحوهما او يثبت
ان مثله سبب شرعي للشركة على وجه تكون الحبة الواحدة مشتركة
بينهما وان كانت في الواقع لاحدهما كما قيل وفيه انه بعد تسليم ان
حق المالك قد انتقل الى الذمة وانه ماله مضمون بمثله يتعين
التخيير المزبور قطعا لان المخلوط وغيره مشتركان في كونهما من
افراد الحق الذي في الذمة فيتخير بينهما كما هو واضح الا ان المالك لذلك
مستظهر اذ لا موجب لشغل ذمة الغاصب الا اذا تلف المغصوب
كي يضمنه الغاصب بل هو باق على ملك صاحبه وان امتزج بغيره
ولكن في كون الامتزاج المزبور سببا شرعيا للشركة الحقيقية
تامل والاجماع عليه ممنوع والثابت انما هو السببية الشرعية
في المزج الاختياري منهما معا وفي المزج الاتفاقي بالنسبة اليهما
واطلاق كلامهم في كتاب الشركة منزل على ذلك وان كان
قد يظهر شموله لنحو المقام الا انه في غير محله فلاحظ وتامل والله اعلم
واما الثاني ففيه وجه او اقوال احدها الشركة الحقيقية في
القوريين ولكن على النسبة قيمتهما كالثلثين والثلث ونحوهما جمعا
بين الحقين مع تعذر التميز بينهما ودفعا للضرر عن الجانبين كما
قيل فتدبر والله اعلم وثانيها الشركة الحكمية فيهما معا عملا بالاصول
فانها الاوفق بها بخلاف الشركة الحقيقية فانها مخالفة لها ودعوى
الاجماع عليها عهدتها على مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم وثالثها انه يضمن
المثل في القوريين لتعذر تسليم نفس العين المغصوبة منفردة
كما قيل وضعفه ظاهر مما عرفته لا يخفى على ذوي البصائر ولكن يتجه
عليه تخيير الغاصب بين دفع المثل من غير المخلوط وبين دفعه

منه

لانا [illegible] عدم الانتقال

منه مع اعراضه عن وصف الجودة التي هي في ماله او مع اعراض المالك
عن وصف الرداءة التي هي في مال الغاصب واما مع عدم اعراض
احدهما عن ذلك فيتعين دفع المثل من غيرهما الا ان يقال
بانه يجب على المالك ان يقبل الاجود ومن عليه الاردى لانه
عين حقه وزيادة الوصف فيه غير مخرجة له عن كونه من جزئيات
حقه الذي في ذمة الغاصب ونحوه ودعوى ان قبول ذلك منة
من الغاصب عليه ولا يجب عليه تحمل المنة منه واضحة المنع على
اطلاقها خصوصا مع التماس الغاصب له على قبوله لعدم وجود فرد اخر
عنده فعلا بل قد تكون المنة للمالك عليه بقبوله وعدم الزامه بتحصيل
غير الموجود عنده كما لا يخفى على الوجدان فتدبر جيدا والله اعلم ورابعها
انه شريك حقيقة في صورة خلط المغصوب باجود منه ويضمن
المثل في صورة خلطه بادون منه اما الاول فلان الجودة وصف
حصل بعين المغصوب بفعل الغاصب كتعليم العبد صنعة وطحن
الحنطة وقصارة الثوب ونحو ذلك كما قيل وعليه منع ظاهر لظهور
الفرق بين المشبه والمشبه به نعم لو لم يخلط المغصوب بغيره وقد
صفاه وعمل فيه ما يصيره جيدا لكان من افراد المشبه به كما هو واضح
الا ان المفروض هنا غيره فلا تغفل والله اعلم واما الثاني فلتعذر
الرد منفردا ومنضما مع تعذر الشركة الحقيقية لاستلزامها للربا او
للضرر على المالك والشركة الحكمية وح فتنتقل الى المثل في الذمة كما قيل
وفيه انه قد يندفع ذلك كله بان ياخذ مقدار نسبته قيمة مع اسقاط الفضل

لان الوصف مضمون على الغاصب كالعين كما في نقله ثم هذا وفي
القواعد والتذكرة والارشاد والمنح والدروس وجامع المقاصد
وغيرها اختيار الشركة الحقيقية فيما لو خلطه بالاجود وصرح
بعضهم بانه يقسم بينهما بالنسبة مع فرض تساويهما وزنا لان الزيادة
الحاصلة في مال المالك انما هي زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب
او عنده عدوانا فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما
لو صاغ النقرة او علف الدابة فسمنت او علم العبد صنعة
ودخول الضرر بذلك على الغاصب غير قادح لانه انما كان
بسوء اختياره وفي المبسوط ان الغاصب اذا خلطه باجود منه
فهو بالخيار بين ان يعطيه من عين المخلوط او من مثل ماله من غيره
فان باع المجموع قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين والقول الصحيح
هذا كالمستهلك فيسقط حقه من العين ويصير في ذمة الغاصب
لانه قد تعذر ان يصل الى عين حقه بعينه وانتقل الى الذمة
ويكون الغاصب بالخيار بين ان يعطيه من عينه فيلزم المغصوب منه
قبوله لاجل انه قد تطوع بخير من زيته لانه قد اعطاه عين ماله
وزيادة وبين ان يعطيه مثله من غيره لانه كالمستهلك فان خلطه
بمثله فهو كالمستهلك والغاصب بالخيار بين ان يعطيه بكيله من عينه
او من مثله من غيره وفي الناس من قال هو شريك فيه يملك مطالبته
بقسمته فيأخذ مثل كيله منه وهو اقرب لانه قد قدر على بعض عين
ماله وبدل الباقي ولا معنى لان يجبر على مثل غيره مع وجود بعض العين

٢ من ص

كما لو غصب

كما لو غصب صاعين من حب فتلف احدهما فان للمغصوب
ياخذ الموجود وبدل التالف ولا يلزمه ان ياخذ البدل
عن الموجود والتالف معا واذا خلطه بما هو ادون منه
فهو كالمستهلك ايضا فعلى هذا على الغاصب ان يعطيه مثل زيته
من غير هذه الجملة فان فعل لزمه ان يقبل وان اراد ان يعطيه
من عينه لم يجبر المغصوب منه على قبوله لانه دون حقه وان اختار
المغصوب منه ان ياخذ من عينه لم يجبر الغاصب على ذلك وان
رضي المغصوب منه بدون حقه لان حقه في الذمة فلا يتعين
عليه جهة القضاء وان اتفقا على ان ياخذ مقدار حقه من عينه
جاز لانه قد رضي ببعض حقه وان اتفقا على ان يعطيه من عينه
بقيمة زيته لم يجز لانه ربا وفي التنقيح انه اذا مزج الغاصب
الزيت بزيت آخر فاقسامه ثلثة الاول ان يمزجه بالاردأ
وهذا لا خلاف فانه يلزمه المثل لتعذر العين الثاني ان يمزجه
بالمساوي وللشيخ في المبسوط قولان احدهما ان للغاصب الخيار
ان يعطي من عينه او من مثله من غيره لان عين مال المالك قد
استهلكت فيسقط لزوم حقه من العين فيتخير الغاصب ويلزم
المالك ان يقبل ما يدفعه اليه اذ لا تفاوت عليه وثانيهما ان
المالك يكون شريكا مع الغاصب لانه قادر على بعض عين ماله وبدل
الباقي ولا معنى للتخيير مع وجود بعض العين على ان غصب الغاصب عين

[illegible]

مع تلف احدهما وهذا اختيار المصنف والعلامة ره وفيه نظر
لان العين وان وجدت لكن قد تعذر تسليمها منفردة
بخلاف القاطعين وجاز ان يكون في بيت الغاصب شبهة وان
ساواه في القيمة الثالث ان يمزجه بالاجود ولا خلاف في
ان للغاصب ان يدفع من العين ويجب على المالك القبول
لاشتماله على الزيادة عن حقه مع تبرع الغاصب بها وله اي للغاصب
ان يدفع من غيره [illegible] ماليا وذلك المالك ويحتمل وجوب على المالك
القبول اذ لا تفاوت عليه اما لا الاظهر من كلام الشيخ ره
الاول وتبعه ابن ادريس ره والاجود ان ايضا للمالك حق
المطالبة بالعين لوجود حقه فيه والزيادة الحاصلة تبرع الغاصب
كما لو علم العبد صنعة فان له اخذ عبده وان زادت قيمته
وله المطالبة بالمثل من غيره لما قلناه اولا لاشتمال الاول على
المنة التي لا يجب تحملها مع امكان عدمه كما قيل وفي السرائر ان
من غصب زيتا فخلطه باجود منه فالغاصب بالخيار بين ان
يعطيه من ذلك الزيت ويلزم المغصوب منه قبوله لانه تطوع
بخير من زيته وبين ان يعطيه مثله من غيره لانه قد صار بالخلط
كالمستهلك وان خلطه باردى منه لزمه ان يعطيه من غير
ذلك مثل الزيت الذي غصبه منه ولا يجوز ان يعطيه منه وفي التحرير
انه لو مزج الغاصب المغصوب بجنسه فان كان بمثله وجب عليه
رد نفس العين وفاقا للاكثر بل لعل عليه عامة من تاخر خلافا

للحلي

للحلي كما سبق ولو خلطه مزجه باجود منه فكذلك عند الاكثر لوجود عين
المغصوب المقتضي لتسلط المالك عليها ولعدم الانتقال الى مثله او قيمته
ولا يقدح في ذلك زيادة الجودة لانها زيادة صفة بفعل الغاصب
كتعليم العبد صنعة مثلا خلافا للشيخ والحلي فقالا يتخير الغاصب في دفع
القدر من العين او غيرها لان العين قد استهلكت التي لا يقدر على الرد
لو طالبه والتخيير في الحقيقة راجع الى الضمان بالمثل لانه لا يتخير في العين و
وجودها يلزمه فاذا بذلها وجب قبولها بطريق اولى ولان بعضها
حقه وبعضها خير منه مع انه لا خلاف فيه كما في التنقيح واعلم ان ما ذكره الاكثر
في المقامين اظهر ان ارادوا نفي الخيار للغاصب واثباته للمالك
وان ارادوا لزوم القبول عليه فمشكل حيث يتعذر لعدم قبوله لعذر
موجه لكون ماله حلالا ومال الغاصب الممزوج به مشتبه او نحوه فان
ابى القبول عليه ضرر واي ضرر فالتحقيق في المقامين ثبوت الخيار
للمالك وفاقا للتنقيح ولو كان الخلط بادون منه ضمن المثل بلا
خلاف كما في التنقيح لتعذر العين لان المزج في حكم الاستهلاك من اختلاط
كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب وهو ادون من الحق
فلا يجب قبوله بل ينتقل الى المثل وهذا مبني على الغالب من عدم رضاه
بالشركة وفي الروضة ان الاقوى تخيره بين المثل او الشركة مع الارش
لان حقه في العين لم يسقط لبقائها كما لو مزجه بالاجود والنقص بالخلط
يمكن جبره بالارش وهو حسن حيث يكون الممزوج غير ربوي وفي المالك

بالنقص من دون ارش ويشكل في غير ذلك الا ان يدفع
باختصاص الربا بالبيع ولكنه خلاف التحقيق الى غير ذلك
من كلماتهم التي لا تخلو من نظر او منع خصوصا بالنسبة الى
تخيير المالك بين اخذ حقه من المخلوط او من غيره فانه
لا يتوجه على شيء من الاقوال الا بتقريب خصوصا بالنسبة
الى كون المزج المزبور تلفا حقيقة او بحكمه شرعا لوضوح منع
الاول وعدم الدليل على الثاني ان لم يكن على عدمه مع
ان ذلك لو كان تلفا لكان مال الغاصب كذلك
فيسقط حقه من العين ايضا كما قيل ومع ان عدم الخلاف
ليس بحجة ما لم يصل الى حد الاجماع المعتبر خصوصا مع وجود
المخالف كما قيل الى غير ذلك فتدبر جيدا والله اعلم واما خلط

في بيان الخلط بغير الجنس

المغصوب بغير جنسه مع تعذر تخليصه منه كخلط الزيت بالشيرج
ودقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحو ذلك فقد صرح الفاضل
وكثير منهم بانه يضمن مثله كما عن الشيخ وغيره بل نسب الى الاشهر
او المشهور لتعذر تسليمه بنفسه ولبطلان فائدته وخاصيته
بالاختلاط بخلاف خلط بجنسه كما قيل وفيه ان ذلك لا يخرج المغصوب
عن ملك المغصوب منه ومع فقد يقال بالشركة الحقيقية
بالسوية او بالنسبة الى قيمة المالين جمعا بين الحقين ودفعا للضرر
عن الجانبين كما قيل وفيه انه قد يجمع بينهما بالشركة الحكمية لا حالة

علم

لان كلا حقيقة او حكما وتخيير الغاصب للاثر مختلف باذ الحق فراجع

واعلم ان ما افاده الاستاد دام ظله في جميع صور التخليط في المتحد الجنس ومختلفه هو الشركة الحكمية لما مر وما سيجيء

عدم انتقال جزء من مال المغصوب منه الى الغاصب وبالعكس
ايضا ومع ذلك فلا يجبر المالك على اخذ مقدار حقه من المخلوط
ولا يجبر الغاصب على دفعه منه فان تراضيا على ذلك فلا بأس
لان الحق لهما كما في المبسوط وغيره ودعوى الاجماع على
بطلان الشركة بالجنسين عهدتها على مدعيها وفي المسالك
ان فيه وجها بثبوت الشركة هنا ايضا كما لو خلطاهما برضاهما
او امتزجا بانفسهما وقواه الفاضل في التذكرة وله وجه
لان اسقاط حقه من العين مع وجوده بعيد الا انه يشكل بانه
على تقدير القسمة الاجبارية يكون قد حتمنا على المالك ان
يأخذ غير المثل ان كان الطالب لها هو الغاصب وكلفنا الغاصب
بغير المثل في المثلي ان كان الطالب لها هو المالك وكلاهما خارج
عن قواعد الغصب ولكنه وارد على تقدير امتزاجها بغير الغصب كما مر
وفيه جمع بين الحقين وقد يدفع بالتزام الشركة الحكمية التي لا قسمة
فيها في نفس العين وانما يقتسمان ثمنها بنسبة القيمتين هذا وفي
التذكرة انه لو مزج الزيت بزيت اردى منه احتمل الشركة
بينهما كما لو امتزجا بانفسهما ويضمن الغاصب الارش وان يكون
كالمالك والاول اقوى ونحوه عن المختلف وجامع المقاصد والتعليق
والروضة وغيرها وفيها ايضا انه لو خلط المغصوب بغير جنسه كالزيت
بالشيرج ودقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحو ذلك فالمغصوب
هالك لبطلان فائدته وخاصيته باختلاطه بغير الجنس بخلاف الجيد

٢ الارشاد
٣ القواعد

مع الردي وتحمل قويا بثبوت الشركة بينهما كما لو مزجاه بالرضا
او امتزجا بانفسهما ثم قال وعلى ما اخترناه من الشركة ان
تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن جاز وان اراد قسمته
جاز وكان للمغصوب منه ان يأخذ ما يصير في يد الغاصب من الزيت
بما يصير في يده من الشيرج ولا بأس بحمله على الشركة الحكمية
كما هو غير بعيد فتدبر جيدا والله اعلم قال رة الثالثة فوائد
المغصوب مضمونة بالغصب وهي مملوكة للمغصوب
منه فان تجددت في يد الغاصب اعيانا كانت
كاللبن والشعر والولد والثمر او منافع كسكنى
الدار وركوب الدابة وكذا منفعة كل ما
له اجرة بالعادة اقول لا خلاف في شيء من ذلك بيننا
بل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة اليد القاضية بضمان ذلك كله
ولانها مضمونة بالعقد الفاسد فتضمن بالغصب كالاعيان و
لمخالفة من جعل الله تعالى الرشد في خلافه حيث قال بعدم ضمان
المنافع بالغصب مع جزاء السيئة بمثلها الدال على الاجرة
التي هي مثل المنفعة المضمونة مع تبعيتها للملك وضمان الغاصب
له ايضا وان تجددت في يده فان ذلك للخراج مع تبعية الملك
قطعا ولكن ينبغي البحث في امور الاول لو كانت المنفعة
لا تعد مالا في العادة كالتزيين بالدراهم والدنانير وكالحمل على
الغنم ونحوها وكنشر الثياب على الاشجار ونحوها ولكنها يصح ايقاع

العقد

العقد عليها شرعا فتكون مالا كما في الحر فان آجرها
الغاصب لذلك وامضى المالك العقد كانت الاجرة
له لانها عوض منفعة ماله وان لم يمض العقد فعلى المستأجر
المستوفي لها اجرة المثل له ايضا وان استوفاها الغاصب
فكذلك على الاظهر لاحترامها كما في الحر وربما قيل
بانه لا شيء عليه للاصل وضعفه ظاهر نعم لو لم يستوفها
فلا شيء عليه اذ لا تعد اموالا فتندرج على المال كما في نحو
منافع الحر مع احتماله ايضا لما يعطيه اطلاق التذكرة و
نحوها فلاحظ وتدبر والله اعلم الثاني لو تعددت المنافع في
المغصوب فان امكن الجمع بينها او بين بعضها ضمن
الممكن منها سواء استوفاه ام لا لقاعدة اليد وان لم يمكن
الجمع بينها ضمن اعلاها واكثرها اجرة مطلقا وان استوفى
غيرها وفي ضمانه لما استوفاه ايضا اشكال ولعل الاقرب
دخول اجرته في الاعلى لاصالة براءة الذمة من الزائد
وفي التذكرة ان كل عين لها منفعة تستأجر لتلك المنفعة
فان منفعتها مضمونة عندنا بالاتلاف والتلف تحت اليد العادية
اذا بقيت في يده مدة لمثلها اجرة حتى لو غصب كتابا وامسكه
مدة يطالعه او لم يطالعه او غصب مسكا فشمه او لم يشمه
لزمه اجرته ولو كان للعين صناعات لزمه اجرة اعلاها
اجرة ولا يجب عليه اجرة الجميع ولو كان له صنعة يعملها بالنهار

لا يبعد [illegible] الغاصب

صريح العلامة [illegible] في ضمان ما لم يستوفه ايضا

واخرت بالليل وجب على الغاصب اجرتهما معا لانه قد اتلف منفعة
زمانين فكان بمنزلة ما لو اتلف منفعة يومين وفي القواعد
والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد وبالتفويت ولو
تعددت المنافع كالعبد الخياط الكاتب لزم اجرة اعلاها اجرة
ولا تجب اجرة الكل وفي جامع المقاصد لعدم امكان استيفائها
دفعة واحدة والمنفعة العليا من جملتها فات تحت اليد
فتجب اجرتها اجرة المثل وفيها ايضا ويضمن الاجرة وان لم
ينتفع باجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب ولو انتفع
بالازيد ضمن الازيد وان انتفع بالانقص ضمن اجرة
المطلق وفي الدروس ويضمن الغاصب الاجرة في كل ما له
اجرة انتفع بها اولا ولو استعمله بما له اجرة زائدة عن اجرة
المثل المطلقة لزمه الزائد ولو كان العبد ذا صنائع
ضمن اعلاها وفي الروضة ويضمن اجرته اذا كان له اجرة
لطول المدة التي غصبه فيها سواء استعمله اولا لان منافع الاموال
تحت اليد فتضمن بالفوات والتفويت ولو تعددت المنافع
فان امكن فعلها جملة او فعل اكثر من واحدة وجب اجرة
ما امكن والا فاعلاها اجرة ولو كانت الواحدة اعلى منفردة
من منافع متعددة يمكن جمعها ضمن الاعلى وفي المسالك انه ان
استعمله في الاعلى ضمنه وان استعمله في الوسطى او الدنيا او لم يستعمله
اصلا ففي ضمان اجرة المتوسطة او الاعلى وجهان ولو كان المغصوب

دابة

دابة او مملوكا اعتبرت اجرته في الزمان المعتاد لعمله كالنهار دون الليل
الا ان يكون له صنعة في النهار واخرى في الليل فيجب على الغاصب اجرته فيهما
وفي القواعد اعتبر في اجرة الصانع الاعلى ثم حكم في مطلق المغصوب
بضمان اجرة المثل عن عمل مطلق ولعل المطلق شامل للاعلى لان المراد
باجرة المطلق اجرة العمل اللائق به عادة من غير تقييد بعمل مخصوص كالكتابة
مثلا او الخياطة او ركوب الدابة او تحميل التراب البر عليها مثلا والاعلى حيث
يكون لائقا به وربما فسر المطلق بالمتوسط فاختلف الحكم وفي جامع المقاصد
ان المراد بالعمل المطلق المتوسط الذي لا يكون مقيدا بقيد القلة والكثرة
وفي فهم المتوسط من المطلق خفاء الا ان ما سنذكره في العبارة يرشد
الى ذلك ووجه ضمانه ان المتوسط هو الغالب فان اذا اجر الاجير
لنفسه فحق المعتاد دون ما ادركه ان الترفه بالتراخي الغير نادر فان قلت
كيف وجب في المنافع اجرة الاعلى ووجب في العمل اجرة المتوسط قلت
لا اولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها فان كلا منها ممكن على حد سواء
بخلاف العمل فان فيه مراتب تفاوتا فوقه ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد
وان انتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق اي المتوسط اما الاول فلانه قد
استوفاه فيجب عليه بدل ما استوفاه واما الثاني فلان الزائد على الانقص
قد فات وهو مضمون على الغاصب هذا ولكن في ارشاد ذلك الى ارادة
المتوسط من المطلق نوع ظاهر ولذا احتمل ثاني الشهيدين ان يراد بالمطلق
خصوص الاعلى او ما يشمله كما سبق ويتقوى المفهوم من ان عبارة اجرة
المثل ذات العمل المتحد فيلاحظ الوسط فيه يدفعه ان الاطلاق يقتضي

الاتم من ذلك فيمكن ان يقال ان المراد بمطلق مثل العمل
مدة الغصب مع ملاحظة اجرة المثل لتلك العين المغصوبة
القابلة للانتفاع ان كانت من غير ملاحظة منفعة مخصوصة
ان لم تكن فما استوفى الاعلى منها او الادنى له فان استعملت
في الادون ضمن اجرة المطلق المزبور كما اذا لم يستعملها ودعوى
لزوم ذلك للاعلى ممنوعة نعم مقتضاه عدم الفرق بين العبد
ذي المنافع المعدودة وغيره ولعله اطلق في الرياض وشرح
لا يبعد ان يكون ذلك من الفاضل رجوعا عما ذكره اولا
من ضمان الاعلى لوضوح عدم فوات الاعلى بخصوصه اذ هو
احد المنافع الفائتة على البدل بل لا يبعد التعميم بما ذكرناه
صريح ذي المنافع المعدودة القابلة للاتيان بها اجمع دفعة
فان ذلك ايضا احد الابدال كما هو واضح نعم يلاحظ الوسط
من كل منفعة الموافق للمعتاد لا النادر كما انه يلاحظ في الدابة وغيرها
اجرتها في الوقت المعتاد فعله كالنهار دون الليل الا ان يكون له
منفعة معتادة في الليل ايضا الى غير ذلك من كلماتهم التي لا تخلو عن تعسف
ورجم بالغيب ولا ثمرة مهمة والاطناب في تفصيل ذلك كله وفي
المفاتيح انه لا يتوقف ضمان الاجرة على استعمال العين لكن ان
استعمل ذات المنافع المختلفة قيمة كالعبد الكاتب الخياط ان كتب
في الاعلى ضمنه وان استعمل في الوسطى او الدنيا ففي ضمان اجرة متوسطة
او الاعلى منها وجهان وفي الكفاية انه لا فرق في ضمان الاجرة بين ان
يستعمل العين وعدمه ولو استعملها وكان لها منافع مختلفة القيم كعبد

يكون

يكون كاتبا وخياطا فان استعمله في العليا ضمنها وان استعمله في الدنيا
او الوسطى او لم يستعمله ففي ضمان اجرة متوسطة او العليا وجهان
ونحوه في الرياض تبعا لما في المسالك ولكن لا ريب في تعيين العليا
في صورة عدم استعمالها اصلا لفواتها في يد الغاصب مضمونة عليه
قطعا ولعله لذا اهمله صاحب المفاتيح وهو جيد جدا بل هو كذلك
في صورة الاستعمال ايضا كما جزم به كثير منهم من غير خلاف صريح يعرف
ولعل احتمال ضمان ما استوفاه الى الاعلى او لا لمنع الاقتصار عليه واهمال
الاعلى راسا وان كان مقتضى الاصل عدم وجوبه ايضا فيجب الاعلى
فقط ويدخل فيه المستوفى كما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم الثالث
لا تضمن المنافع المحرمة كالغناء ونحوه وان استعمله الغاصب بل نص عليه
كثير منهم من غير خلاف صريح فيه يعرف عدا اطلاق الاصحاب مثل على
المباحة كما جزم به بعضهم للاصل ولعدم ملك المالك لها شرعا بل لعل
ما حرم بالعارض كما اذا نذر المالك ان لا يستعمله في حياكة مثلا
او شرط عليه ذلك كذلك كما قيل ولا يخلو من نظر او منع اذ وجوب النذر
ونحوه لا يخرجه عن المالية لا شرعا ولا عرفا كما هو واضح حتى انه لو خالف
النذر مثلا واستعمله في الحياكة مثلا ملك الاجرة وان عصى بمخالفة النذر
فلاحظ وتدبر والله اعلم الرابع لو كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة
كما لو كان اجرة مثله حال الغصب في عشرة مدة شهر ثم صارت
في شهر آخر خمسة عشر وفي الشهر الثالث عشرين ضمن
اجرة الشهر الاول عشرة واجرة الشهر الثاني خمسة عشر واجرة الثالث عشرين
كما في التذكرة وغيرها ويحتمل ان يضمن الجميع في اقل المدة لانها لو كانت في يد

في عدم ضمان
المنافع المحرمة

المالك لا يمكن له ان يوجرها كذلك ويحتمل ان يضمن الجميع بثلثين لانها
لو كانت في يد المالك لا يمكن ان يوجرها كذلك ولو كانت اجرة الشهر
الاول عشرين واجرة الشهر الثاني خمسة عشر واجرة الشهر الثالث عشرة
فعلى المختار يجب لكل شهر اجرته ويحتمل ضمان ستين لانها لو كانت
بيد المالك لا يمكن ان يوجرها كذلك كما قيل وفيه ما فيه ظاهر فتدبر جيدا والله

قال ره ولو سمنت الدابة في يد الغاصب او تعلم
المملوك صنعة او علما فزادت قيمته ضمن
تلك الزيادة فلو هزلت او نسي الصنعة او ما
علمه فنقصت القيمة لذلك ضمن الارش وان
رد العين ولو تلفت ضمن قيمة الاصل والزيادة
اقول لا خلاف في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه مع قاعدة اليد
ونحوها مع تبعية الصفات للاعيان في الملك القاضيين بذلك
كله كما هو واضح والله اعلم قال ره ولو زادت
القيمة لزيادة صفة ثم زالت الصفة ثم عادت
الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة
لانها انجبرت بالثانية عن قيمة الاولى ضمن
التفاوت اما لو تجددت صفة غيرها
مثل ان سمنت فزادت قيمتها ثم هزلت
فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعة فزادت
قيمتها

قيمتها ردها وما نقص بفوات الاولى اقول اما الاول فلا ريب فيه
مع نسيان الاولى ثم تذكرها في يد المالك وغيرها انه لو عادت الاولى
بعينها كما لو كان صانعا او عالما فنسي العلم او الصنعة ثم تذكرها فلا شبهة
في عدم ضمان الزيادة لعودها بنفسها فكانها لم تزل بل لم تزل حقيقة
فان النسيان كالنوم ونحوه بل قيل ان ملاحظة الزائلة مع الموجودة
حال التلف غير معقول لوضوح كونه بمنزلة مرتين اذ ليست الا
صنعة واحدة في المتجددة ليست غيرها على وجه يضم معها ونحو فاطلاق
العود عليها لا يخلو من مسامحة في العبارة وفيها ايضا انه لا يريد ان العلم
غير باق فالعائد غير الزائل لمنع ذلك اولا ولو سلم لزم ضمانه وان لم يبق
لانه تجدد في يد الغاصب بعد زوالها كان حالته وان لم يكن عينه فلا
يخلو اما ان يكون من الوجه الذي حصل فيه الاول كما لو هزلت الجارية ثم
سمنت وعادت القيمة كما كانت قيمتها ففيه قولان احدهما انه ينجبر الغرم
ويسقط الغرم كما لو ابق العبد فعاد او جنى على عين فابيضت ثم زال
البياض وهذا هو الذي يقتضيه اطلاق المصنف ره حيث نفى الضمان بصفة
غيرها وان كان ظاهر قوله ثم عادت الصفة قد يقتضي خلاف ذلك
لان السمن الاول غير الثاني الا ان الصفة وهي نفس السمن واحدة وثانيهما
العدم لان السمن الثاني غير الاول والاول وقع مضمونا والثاني تجدد
هبة من الله تعالى كالاول لو كان متجددا فلا يحصل للغاصب بسببه شيء وهذا
اظهر ولعله كذلك كما هو صريح كثير منهم وهو مقتضى استصحاب شغل ذمته
بالارش ودعوى المساواة لما لا شيء عليه ان لم يكن عدمها مع ظهور الفرق

بين ذلك وبين الاباق ونحوه مع امكان التزام الارش وان
عاد العبد لان وجوده عيب عرفا هذا ومثله ما لو نسي العلم
ولم يتذكره اصلا ولكنه قد تعلم ثانيا بسعيه في تحصيله فان
ذلك عين الاول قطعا وان اتحد جنسا فانا ذلك عن مانع
من صدق المغايرة لا لغة ولا عرفا ودعوى صدق التادية مع اخذ
فلا يكون عليه شيء مع ما في ذلك من الضرر على الغاصب ولا ضرر
ولا ضرار في الاسلام ومعصيته بالغصب لا تبيح اضراره فان الظالم
لا يظلم مع اصالة البراءة كما قيل واضحة المنع وهو الذي قد ادخل
الضرر على نفسه وظلمها كما لو رد العين مهزولة مع الارش الى المالك
سمنت عنده اذ لا فرق بينهما عند التامل ولا وقع للاصل مع معلومية
الشغل ومع اصالة بقائه الا ان يدل دليل على سقوطه ومع
براءة الذمة منه كما في سائر موارده وقد يفصل بانه لا شيء
على الغاصب فيما اذا لم تزد القيمة بملاحظة السمن التالف مع
السمن الحادث للاصل وغيره مما سبق وعليه الضمان فيما لو زادت
القيمة بملاحظتهما معا لقاعدة اليد ونحوها وذلك هو المدار في
الانجبار وعدمه في سائر الصفات فكل صفة ذاهبة يمكن تقديرها
مع المتجددة وتزيد القيمة بذلك لا تنجبر بالمتجددة وكل صفة
ذاهبة لا يمكن تقديرها مع المتجددة او امكن ولكن لا تزيد به القيمة
عن المتجددة بل ربما قد تنقص عنها تنجبر بالثانية وح
فكلام المحكي عن صريح المبسوط والارشاد وغيرهما من اطلاق الانجبار
في مثل السمن للاصل وح صريح محكي التذكرة وجامع المقاصد وظاهر
الدروس

المفصل صاحب الجواهر

الدروس وغيرها من اطلاق عدم الانجبار لان الثاني مال متجدد
للمالك والاول مال ذاهب ولثبوت الضمان بالهزال الاول
ولا دليل على البراءة منه فالاصل يقتضي بقائه لا يخلو من نظر بل منع
للتفصيل المزبور الذي لا يخفى عليك ما في الاصلين المزبورين
معه خصوصا الاخير الممنوع قرار الضمان فيه بل هو منزل منزلة
كضمان الحيلولة وكضمان الصفة الذاهبة المحتمل عودها بعينها
كالتذكر بعد النسيان الذي لا اشكال في الانجبار فيه بل لا يبعد
ان يقال بكون التفاوت لو دفعه اليه منزل منزلة ما يعدم
العود كالحيلولة فلو رد العبد الذي نسي الصنعة ودفع معه الارش
ثم تذكرها وهو في يد المالك رد الى الغاصب ما اخذه منه فان
المدار في ذلك على قاعدة نفي الضرر والضرار التي مقتضاها
ذلك واحتمال ان يقال بان التالف قد ذهب في يد
الغاصب فهو مضمون عليه وما تجدد نماء مال المالك يختص
به فلا وجه لجبره للاول بل ياخذ الارش منه وان رد العين اليه
بالقيمة الا نقص كما قيل يدفعه انه ضرر على الغاصب منفي بالقاعدة
المزبورة التي لا ينافيها غصبه فان الظالم لا يظلم بل ليس الغرض
الا كغصب دابة هزلت فكانت قيمتها هزيلة وسمينة واحدة
فانه لا شيء على الغاصب بلا خلاف اجده فيه للاصل ولان الذاهب
لا قيمة له ولان ذلك كالمرض العارض عند الغاصب الزائل عنده الظاهر كما قيل

ولا يخلو كثير من ذلك من نظر او منع كما ان اصل التفصيل المزبور مما لا يرجع الى دليل معتبر كما يظهر من التدبر فيما مر وغيره فلاحظ وتدبر والله اعلم واما الثاني فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه بل في ظاهرهم الاجماع عليه كما هو صريح بعضهم لقاعدة اليد ونحوها من غير فرق بين مساواة قيمة الصفقة الثانية لقيمة الصفقة الاولى او زيادة عليها او نقص عنها ومن غير فرق بين زيادة قيمة العين المغصوبة باجتماع الصفقتين فيها وعدمه اذ قد يكون اجتماعهما مؤثرا في نقص قيمة كل واحدة منهما منفردة بحيث تكون قيمتها كقيمة الواحدة بل قد تنقص عنها ايضا لاتحاد المناط في الجميع ولا يلتفت الى احتمال الانجبار هنا من حيث عدم نقص مالية المغصوب فتصدق التأدية من حيث المالية لوضوح عدم كون المدار في ذلك لا عرفا ولا شرعا لوضوح صدق النقص عما اخذه وان زاد عند الغاصب ايضا فانها للمالك كما لو زادت عنده بعد رد الغاصب للعين اليه ودعوى ان تغاير الصفقة الذاهبة والعائدة مستلزم لزيادة قيمة المغصوب لو اجتمعا فيه زيادة [illegible] وذلك هو مناط الضمان عندهم واضحة المنع بل لعلها من الرجم بالغيب لظاهرهم ان مناط الضمان انما هو قاعدة اليد ونحوها مما هو شامل للمسئلة التي تعم اليد لغة وعرفا وانكاره في غير محله وفي المسالك انه لو تكرر النقص كان في كل مرة مغايرا للناقص في المرة الاخرى ضمن الكل حتى انه لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت وبلغت القيمة الفا وتعلمت صنعة فبلغت الفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها الى المائة ردها وغرم الفا وتسعمائة ولو علم العبد المغصوب سورة من القران او حرفة فنسيها ثم علمه حرفة او سورة اخرى

فنسيها

٢ الصفقتين ح

فنسيها ثم علمه حرفة او سورة اخرى فنسيها ايضا ضمنها وان لم تكن مغايرة كما اذا علمه سورة واحدة او حرفة واحدة مرارا وهو ينسيها في كل مرة ففيه الوجهان فان قلنا لا يحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان في كل مرة وان قلنا يحصل ضمن اكثر المرات نقصانا انتهى ولو مرض العبد المغصوب ثم برئ فزال اثر المرض ففي جبر القيمة الفائتة منه وجهان احدهما نعم لان الصحة هي الاولى وبه قطع الفاضل في التذكرة وثانيهما العدم لمنع كونها الاولى بل يحقق الشك فيستصحب حكم الضمان وكذا الحكم في [illegible] مريضا ثم برئ وزال الاثر ولا يلتفت الى احتمال اصل الملك [illegible] ممنوع حجرا بان الاستصحاب بعد ذلك لمعلومية اصل الملك مع الضمان الفعلي عندهم وانه ليس من الحيلولة المقررة في كلامهم وان زعم بعضهم الا انه كالمقطوع بعدمه فتدبر جيدا والله اعلم ولو غصب شجرة فقطع [illegible] ثم او رهنا او شاة فجز صوفها ثم نبت ففي المسالك وغيرها انه يغرم ولا يجبر بالثاني لانه غير الاول بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت او سقط شعرها ثم نبت فانه يحصل الانجبار والفرق ان الورق والصوف متقومان فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقوم وانما غرم ارش النقص الحاصل بفقدانهما وقد يشكل بمنع ذلك وقيل بان ذلك يتم في الشعر دون السن لان لها مقدرا من الحر فيكون حكمها في الرق بنسبته من القيمة بل قد يقال بان النقص الحاصل بالشعر كذلك لا ينجبر بالشعر الحادث فانه هبة من الله تعالى وزوال الاول موجب للارش فعلا لقاعدة اليد ونحوها ودعوى المراعاة بعدم العود مما لا شاهد عليها ان لم يكن على عدمها ودعوى الاجماع عليها عهدتها على مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم

ولو زادت قيمته اي الجارية بتعليم صنعة محرّمة كالغناء ثم نسيتها
قيل لم يضمن النقصان لانه محرّم والمضمون انما هو الزائد المحرّم
وربما احتمل هنا الغرم لان الواجب على الغاصب قيمتها كذلك
ولهذا لو غصب عبدا مغنيا يغرم تمام قيمته بل قيل بانه
ينبغي الجزم بالاحتمال المزبور ولاسيما فيه تقييد المنافع المضمونة بالمباحة
لانه احترازا عن فعل الغناء ونحوه لا عن تعلم النحو ونحوه مما يزيد
في القيمة معرفته وان لم يستعمله في المحرمات وانما يستعمله حيث يكون
محللا لا السحر ونحوه فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الثاني لا يضمن
من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة كالسمن
المفرط اذا زال والقيمة على حالها اقول لا اجد خلافا
في ذلك بل ظاهرهم الاتفاق عليه للاصل السالم عن المعارض مع عدم
الضرر على المالك وعدم فوات مال عليه كما هو المفروض ولو كان
المقصود من الحيوان اللحم وتحمّض الناقص لانه مفوّت لماليته
كما هو واضح كوضوح انه لو كان السمن الذاهب في مثل الخيل بعضه
منقصا للمالية وبعضه غير منقص لما ضمن الاول فقط لقاعدة
اليد ونحوها مما لا تشمل الثانية قطعا اذ هو كما لو غصب سمينا و[illegible]
عنده ورده كذلك فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الرابعة
لا يملك المشتري ما قبضه بالبيع الفاسد
ويضمنه وما تجدد من منافعه وما زاد من
قيمته لزيادة صفة فيه اقول اما الاول فلا خلاف فيه
ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه عملا بالاصل مع عدم المخرج

شرعا

في الضمان بالبيع الفاسد

وضح الفاضل القمي في السؤال والجواب ذكرتها بعد مسألة الاهل
بمعلمي مي ز المحقق هو يوم الغصب وعبارته هكذا قال واي قول
تحقق شبهه باكثر ده زاده است وخود اختيار كرده است

شرعا عنه كما هو المفروض واما الثاني فهو المشهور او المجمع عليه لقاعدة
اليد ونحوها ولان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ولاقدامه على ذلك
ايضا وقد سبق تفصيل ذلك في كتاب البيع وانه لا فرق بين المنافع
المستوفاة وغيرها ولا بين العالمين والجاهلين والمختلفين لاتحاد
المناط المعتبر في الجميع واحتمال الفرق بينهما او القول به في غير محله فلاحظ
وتأمل والله اعلم قال رحمه فان تلف في يده ضمن العين
باعلى القيم من حين قبضه الى حين تلفه ان
لم يكن مثليا اقول ظاهره الفرق بين ضمان المغصوب وضمان
المقبوض بالبيع الفاسد لانه قد اختار ان المغصوب اذا تلف ضمن بقيمته
يوم غصبه وان احتمل ضمانه بالاعلى ايضا فما قيل من ان اختياره في الغصب
لان المقبوض بالعقد الفاسد من افراد الغصب لانه مقبوض بغير حق كانه
غفلة واضحة مع ما في المسالك من انه انما يتم بناء على تفسير الغصب بانه
الاستيلاء على مال الغير بغير حق اما لو اعتبر العدوان فيه لم يتم كون
المقبوض بالعقد الفاسد من افراد الغصب الا على تقدير علم المشتري بالفساد
مع جهل البائع به او مع جهلهما او جهل المشتري فليست يده يد عدوان
ولا يد قاهرة وان كانت بغير حق للمالك ثم لو فسر الغصب بكونه
الاستيلاء عليه بغير حق لكان المقبوض بالبيع الفاسد الا انه خلاف
تعريف المتن ونحوه مع انه يتجه عليه سؤال الفرق بين افراد
الغصب لاتحاد المناط في جميع افراده مع انه لو قلنا بانه ليس من

في الفرق بين ضمان المغصوب وضمان المقبوض بالبيع الفاسد

اشارة الى اختيار المحقق

من جزئياته

الغصب فالضمان فيه بالاعلى بقيمة الضمان به في الغصب بطريق
اولى لان الغاصب اولى بالتشديد عليه عندهم فكيف ينعكس
الامر كما هو ظاهر نحو المتن اللهم الا ان يقال بان مقتضى القاعدة
انما هو الضمان بالاعلى في جميع المقبوضات بغير حق او مطلقا
الا مع قيام الدليل على عدمه وانما خرج خصوص الغصب
لصحاح ابي ولاد فيقتصر على مورده ويبقى المقبوض بالبيع
الفاسد ونحوه على مقتضى القاعدة ولا بأس بمنع تسليم
القاعدة وتسليم دلالة الصحيح مع خلاف الا انها معارضة في
محل المنع لان وجوب الرد في زمان الاعلى لا يقتضي شغل
الذمة ببدله فعلا وانما ضمانه ضمان العهدة الى زمان التلف
فتشتغل الذمة ببدله فيكون المدار على يوم التلف في سائر
الضمان كما صار اليه كثير منهم ولكن قد يقال بانه لا يلزم من ذلك شغل الذمة
فعلا بقيمة يوم التلف فقد تكون مشغولة بالاعلى او بقيمة يوم
القبض ويكون التلف سببا لانكشاف ذلك
من ذلك فيحتمل ضمان اقل القيم من حين القبض الى حين التلف
لاصالة براءة الذمة مما زاد عليه كما في نظائره فتأمل جيدا
والله اعلم قال ره ولو اشترى من غاصب ضمن
العين والمنافع ولا يرجع على الغاصب
ان كان عالما وللمالك الرجوع على ايهما

كانه لم يتلف ويتدارك على هذا النحو انما هو بالتزام مال معادل له قائم
مقامه كما قيل بيد منها انها لا تخلو من مصادرة فرح

مشاء فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري
وان رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب
لاستقرار التلف في يده وان كان المشتري
جاهلا بالغصب رجع على البايع بما دفع من
الثمن وللمالك المطالبة بالدرك اما مثلا
او قيمة ولا يرجع المشتري بذلك على الغاصب
لانه قبض ذلك مضمونا اقول اما الاول فلا خلاف فيه
ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة اليد ونحوها وكذا الثاني لانه
كالغاصب بل هو ان لم يكن غاصبا حقيقة واما الثالث فقد اجمعوا عليه
ايضا لانه من جزئيات تعاقب الايدي على العين المغصوبة التي يتخير
فيها المالك في الرجوع على ايهما شاء بالمطالبة بالعين او ببدلها ونمائها
ومنافعها وصفاتها المتجددة منها في يد المشتري لشمول قاعدة اليد
ونحوها لهما معا ونسبتها اليهما سواء كما هو واضح بل قد يستدل عليه ايضا
بقوله ع كل مغصوب مردود وبغيره من الكتاب والسنة والاجماع
والامر سهل واما الرابع فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه
لاستقرار التلف عند المشتري فيرجع عليه الغاصب لعدم غروره كما هو المفروض
واما الخامس فكذلك ايضا لما في المتن وغيره من التعليل المذكور الموجب
للرجوع عليه عندهم ولو استوفى الغاصب بعض منافع المغصوب التي فاتت
في يده قبل قبض المشتري له رجع المالك عليه بعوضه ولم يرجع به على المشتري
قطعا وفي رجوع المشتري على الغاصب بالثمن الذي قد دفعه اليه مطلقا او

عدمه كذلك او رجوعه عليه مع وجوده لا مع تلفه بحيث قد سبق تمام

الكلام فيه في كتاب البيع فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره وان كان

المشترى جاهلا بالغصب رجع على البايع بما دفع

من الثمن وللمالك مطالبته بالدرك اما مثلا

او قيمة ولا يرجع بذلك على الغاصب لانه

قبض ذلك مضمونا ولو طالب الغاصب بذلك

رجع الغاصب على المشترى ولو طالب المشترى

لم يرجع على الغاصب وما يغترمه المشترى مما

لم يحصل له فى مقابلته نفع كالنفقة والعمارة

فله الرجوع به على البايع ولو اولدها المشترى

كان حرا وغرم قيمة الولد ويرجع بها على

البايع وقيل فى هذه له مطالبة ايهما شاء

لكن لو طالب المشترى رجع على البايع ولو طالب

البايع لم يرجع على المشترى وفيه احتمال اخر

اما ما حصل للمشترى فى مقابلته نفع كسكنى الدار

وثمرة الشجر والصوف واللبن فقد قيل يضمنه

الغاصب لا غير لانه سبب الاتلاف ومباشرة

المشترى مع الغرور ضعيفة فيكون السبب

السبب اقوى كما لو غصب طعاما واطعمه المالك

وقيل له الزام ايهما شاء اما الغاصب فلمكان

الحيلولة

قوله ولو طالب المشترى رجع على الغاصب وفى الكل نسخ الشرايع وهذه العبارة مختلفة وفى بعضها موجودة وبعضها خالية عنها ومع وجودها فالمعنى لا يستقيم

الحيلولة واما المشترى فلمباشرته الاتلاف فان

رجع على الغاصب رجع على المشترى لاستقرار

التلف فى يده وان رجع على المشترى لم يرجع على

الغاصب والاول اشبه اقول اما الاول فلا خلاف فيه

ولا اشكال من غير فرق بين رجوع المالك على المشترى وعدمه لعدم

المبيع مع وجوده او ابرائه من عوضه مع تلفه على المشترى وعدمه

ومن غير فرق بين بقاء عين الثمن وتلفها لانه باق على ملكه و

كونه له والناس مسلطون على اموالهم مع كونه مضمونا على قاعدة

اليد ونحوها كما هو واضح كوضوح ان للمالك مطالبة المشترى بالبدل

لاستيلائه على ماله فاذا اخذه منه لم يرجع به على البايع لانه استقر

عليه الضمان كما هو المفروض واقدم على ضمانه كوضع مستحقا للغير على

ان تلفه من ماله كسائر امواله من غير فرق بين كون البدل مساويا

للثمن او انقص او ازيد منه كما هو مقتضى اطلاق المتن ونحوه و

لكن قد يشكل ذلك بان فى صورة الزيادة وجهين بل قولين من

ان الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على ان يكون المبيع من ضمانه

وان كان الشراء صحيحا ومن دخوله على ان يكون المجموع فى مقابلة

الثمن وهو يقتضى كون الزائد عليه فى معنى التبرع به واعطائه اياه

بغير عوض فاذا اخذ المالك منه عوضه رجع به على البايع وهذا قوى

ولا يمنع من ذلك كون البيع عقد ضمان لانه ان كان المراد من كونه عقد

ضمان انه اذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا

مسلم ولكن لم يكن شارعا فيه على ان يضمن القيمة ومعلوم انه لو لم
يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شيء بالتلف غايته ان يكون ما قابل
الثمن من المبيع ماخوذا بعوضه والباقي سالما له بغير عوض
فكان الغاصب غارا له موقعا اياه في خطر الضمان فليرجع
عليه وان كان المراد منه غيره فلم قلتم ان الشراء عقد ضمان مطلق
وح فان رجع المالك على المشتري جاهلا بعوض المبيع لم يرجع به
على الغاصب البايع ان لم تزد قيمته عن الثمن واما مع زيادتها عليه
فالرجوع بها عليه قوي بل هو خيرة كثير منهم لمكان ان المغرور
يرجع على من غره ولان فعل البايع من التسبيب الذي ترتب عليه فعل
المشتري سواء كان البايع عالما او لا كتسبيب حفر البئر للتردي فيه وان
لم يقصد اليه فيه ذلك ولا علم به كما قيل ولا ندرة في الاجماعات على
رجوع المشتري على البايع بجميع ما اغترمه للمالك مما لم يحصل له نفع
مقابلته كما قيل وفي الروضة ان ضمانه للمثل او القيمة امر زائد على
فوات العين الذي قد قدم على ضمانه وهو مغرور من البايع بكون
المجموع له بالثمن فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به وقد حصل له في مقابلته
نفع بل اولى ولعل الاولوية لعدم حصول نفع له في مقابلة الزائد كما هو
المفروض ولكن هذا الاصل فلا وقع للاولوية كما هو واضح كوضوح عدم
في الاجماعات المزبورة مع تسليم العمل بها ايضا واما التسبيب المعتبر شرعا
فممنوع ايضا مع ان مقتضاه انما هو الرجوع به على البايع ابتداء والمفروض
عدمه فلم يبق الا قاعدة الغرور القاضية بالرجوع على البايع الغار
للمشتري ولو بفعله ودعوى ان اقدامه على ان يتلف من ماله بدل غروره

وا

يمنع ح

واخذه المنع فان ذلك من اوضح افراد الغرور نعم لو كان الغاصب من جهة
فقد بعض شروط القوة الشرعية الى جهة المشتري لتقصيره في تعلم الاحكام
الشرعية فلا تجري قاعدة الغرور فيه كما سبق تمام البحث فيه في كتاب البيع
فلاحظ وتأمل والله اعلم واما لو اخذ المالك البدل من الغاصب فله ان
ياخذه من المشتري بلا خلاف ولا اشكال لاستقرار التلف عنده كما هو المفروض
ولانه غير مغرور بالنسبة الى ذلك ويده يد ضمان للمبيع مثلا او قيمة كما قيل
والامر سهل والله اعلم ولو كان المبيع مثليا والثمن ليس من جنسه ورجع المالك
على المشتري بمثله ففي رجوعه به على الغاصب ما اخذه منه المالك وجهان
من قاعدة الغرور ومن اقدامه على كونه مضمونا عليه كما قيل وقد يقال بان
المدار على مطلق المالية لا على خصوص الاموال فيرجع عليه بالزائد
على الثمن ولعله لذا لم يتعرض له الاكثر فلاحظ وتدبر والله اعلم واما
رجوع المشتري على الغاصب بما اغترمه على المبيع او للمالك مما ليس له في
مقابلة نفع فلا نعرف فيه خلافا بل ظاهر كثير من العبارات الاتفاق عليه
كما هو صريح بعضها لقاعدة الغرور ولما ورد في الرجوع عليه بقيمة الولد
التي قد اخذها منه المالك ولا نفع له في مقابلتها لحرية الولد شرعا كما قيل ورد
بقال بانه ان لم يتم الاجماع المزبور لامكن منع كون البيع المزبور سببا
يقتضي ضمان البايع على وجه يقدم على مباشرة المشتري مضافا الى ان مقتضى كون
البيع عقد ضمان عدم رجوعه على البايع بذلك ايضا كما قيل وقد يدفع بان قاعدة
الغرور قاعدة براسها لا من جهة تقديم قاعدة تقديم السبب على المباشر كي يتجه
عليه المنع من ذلك وبان الاقدام على الضمان انما هو بالنسبة الى الثمن خاصة فيتجه
واما ولد الجارية المزبورة فهو حر قطعا بل اجماعا لانه ملحق بابيه جهة
جهله وزعمه صحة شرائه ولكن في حكم قيمته وجوه اقواها انه يغرمها

خصوصية

المشتري للنصوص الكثيرة ويرجع بها على البائع لقاعدة الغرور كسائر
الغرامات التي لا نفع له في مقابلها كما قيل ولا يرجع المالك بها
على البائع ابتداء للاصل الا ان لم يمنع المعارض المعتبر فقد تبين ثانيها
ان للمالك مطالبة ايهما شاء لكن لو اخذها من المشتري رجع بها
على البائع ولو اخذها من البائع لم يرجع بها ولعل تخيره لشمول
قاعدة اليد لهما فيتخير بينهما كما في سائر موارد تعاقب
الايدي على المغصوب كما قيل ففيه ان الولد لم يدخل تحت
يد البائع ولم يتلف بيده وانما تلف اي رجع في يد المشتري
وجعل قيمته عليه فيختص رجوع المالك عليه كما في باقي
المنافع التي ليس في مقابلها نفع واحتمال التخيير له فيها ايضا مدفوع
بظاهر اجماعهم على عدمه كما لا يخفى على المتتبع لكلماتهم فلاحظ
ولا تغفل والله اعلم ح ثالثها اختصاص رجوعه بالقيمة على
الغاصب البائع فقط لانه هو السبب في اتلاف نمائه على نحو
ما قيل فيما لو اعار الغاصب العين المغصوبة ثم رجع على المالك
وضعفه ظاهر من وجوه لا يخفى على ذوي البصائر فتدبر جيدا والله اعلم
ورابعها الحاقه في عوض الولد بما حصل له نفع في مقابله كالمهر لان
نفع حرية الولد يعود اليه كما قيل وعليه منع ظاهر فان مرادهم بالنفع
انما هو حصول المال له كما سيظهر فلاحظ وتدبر والله اعلم وقد اختلف
في حكم المنافع والثمرات التي استوفاها المشتري كالسكنى والثمرة ونحوها

فالذي

فالذي اختاره المصنف وغيره انه لا ضمان عليه اصلا فلا يرجع عليه
المالك بل يرجع على البائع فقط لانه سبب الاتلاف مع ضعف المباشرة
على نحو ما لو غصب طعاما فاطعمه المالك كما قيل وضعفه ظاهر بل هو على نحو
ما لو اطعمه لغير مالكه الذي يتجه فيه رجوع المالك عليه لقاعدة الاتلاف وان
رجع هو على الغاصب لقاعدة الغرور وقوة السبب انما تفيد الرجوع عليه
فيما لو اخذ المالك من المباشر كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم واما القول
بتخير المالك في الرجوع على ايهما شاء فقد نسب الى الشيخ وابن ادريس للتعليل
المزبور الذي رجح واضح العلة اذ لا مسئولية هنا اصلا ولو سلمت فلا دليل
على كليتها بحيث تشمل المقام وقاعدة الاتلاف انما تقتضي شغل ذمة المباشر
للمالك فيرجع عليه فقط وان كان له الرجوع بما دفعه اليه على البائع لقاعدة
الغرور كما هو ظاهر المتن في كتاب البيع فيكون مخالفا لما هنا او ربما يمنع
جريان قاعدة الغرور هنا للاصل وعدم الضرر المالي على المباشر القاضي
بعدم رجوعه على الغاصب لان مناط الرجوع عليه انما هو الضرر المفروض
انتفاؤه هنا كما قيل وعليه منع ظاهر اذ اي ضرر اعظم من كونه قد اقدم على
ان تكون سكنى الدار مثلا بلا اجرة وعوض عنها اصلا وقد سبق في كتاب البيع
تمام البحث فلاحظ وتامل والله اعلم

تنبيهات الاول

لو غصب جارية
بكرا او باعها فافتضها المشتري الجاهل بالغصب رجع عليه المالك بعوض البكارة
وفي رجوعه به على البائع وجهان من الاصل وحصول نفع له في مقابله
والاولى عدم الرجوع هنا للاصل لو قيل ثمة كذلك لانه بدل جزء فيها وقد تلف
على نحو ما لو قطع عضوا من اعضائها كما قيل ومن قاعدة الغرور واقدامه على
استيفاء منفعة محللة واتلاف جزء سائغ شرعا بخلاف قطع بعضها ولعله
هو الاظهر فلاحظ وتدبر والله اعلم الثاني الظاهر ان المنافع الفائتة غير

عن ... ومورد ... واعلم ان ... مختلفة ومحلها كلما تهم ... بعضها يدل ان ... كانت العاري موجودة وبعضها يدل ان ... ثابتة مطلقا وان كانت تالفة ... [illegible] دام ظله ان مورد ... العاري موجودة

المشتري ان قلنا بضمانه لما رجع عليه المالك ثم يرجع بما دفعه اليه على
الغاصب الغار له كما سبق وان قلنا بعدم ضمانه لما رجع المالك بها
على الغاصب فقط لانه ضامن لذلك كما لو فاتت في يده وقد يفرق
بان المنافع التي لم يستوفها المشتري فاتت تحت يده ويرجع المالك
عليه بها في حكم الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع التي لا خلاف في الرجوع
بها على البائع واولى بالرجوع بها لانه لم يتلف ولم يشرع في العقد على
ان يضمنها كما قيل والامر سهل والله اعلم الثالث لو حدث في المغصوب
عيب عند المشتري ضمن ارشه ويرجع به على البائع لقاعدة الغرور و
نحوها مع احتمال تعين رجوع المالك على البائع ولا يرجع به على المشتري
ومع احتمال تخير المالك في الرجوع به على ايهما شاء الان المانع لهما معا
كانه منتظر كما يظهر من التدبر فيما مر وغيره اذ لا حق للمالك فعلا الا
في ذمة المشتري فله المطالبة به والقطع بانه كتلف العين في تخيره على
ايهما شاء عهدته على مدعيه كدعوى الاجماع على ذلك فتامله جيدا والله اعلم

وحاصل ما ذكر من رجوع المالك على المشتري او البائع او التخيير او رجوع البائع بعد فيما كانت العين تالفة اما اذا كانت اصل العين موجودة ولكن حصل فيها عيب مستلزم للارش فحكمه الظاهر لانه في قوال الثلثة تخييرها والمتعين رجوع المالك على المشتري

قال الخامسة لو غصب مملوكة فوطئها فان
كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر امثالها للشبهة
وقيل عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر
ان كانت ثيبا وربما قصر بعض الاصحاب
هذا الحكم على الوطي بعقد الشبهة ولو
اقتضها باصبعه لزمه دية البكارة ولو وطئها
مع ذلك لزمه الامران وعليه اجرة مثلها

صح حيني

من حين غصبها الى حين عودها ولو احبلها
لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا وارش
ما ينقص من الامة بالولادة ولو سقط ميتا قال الشيخ
لم يضمنه لعدم العلم بحياته وفيه اشكال ينشاء من
تضمين الاجنبي وفرق الشيخ بين وقوعه بالجناية
وبين وقوعه بغير جناية ولو ضربها اجنبي فسقط
ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر وضمن
الغاصب للمالك دية جنين امة ولو كان الغاصب
والامة عالمين بالتحريم فللمولى المهران اكرههما
الغاصب على الوطي وعليه الحد وان طاوعته
حد الواطي ولا مهر وقيل يلزمه عوض الوطي لانه
للمالك والاول الاشبه الا علية ان يكون بكرا
فيلزمه ارش البكارة ولو حملت لم يلحق به
الولد وكان رقا للمولى ويضمن الغاصب ما
ينقص بالولادة ولو مات ولدها في يد الغاصب
ضمنه ولو وضعته ميتا قيل لا يضمن لانا لا نعلم
حيوته قبل ذلك وفيه تردد ولو كان سقوطه

بجناية جان لزمه دية جنين الأمة على ما ذكر
في الجنايات ولو كان الغاصب عالما وهي جاهلة
لم يلحق الولد ووجب الحد والمهر ولو كان
بالعكس لحق به الولد وسقط عنه الحد والمهر
وعليها الحد اقول اما الاول فقد اختلفوا فيه على اقوال احدها
لزوم المهر عليه كما هو خيرة المصرية وغيره كما عن المبسوط والسرائر والتحرير
وجامع المقاصد والمسالك وفي مجمع البرهان وغيرها وعن شرح الارشاد
انه قوي للشبهة والاحتياط حيث يكون المهر اكثر من العشر او نصف العشر
كما قيل ولان منفعة البضع مضمونة ولا مقدر لها شرعا بغير مهر المثل
فيتعين ضمانها به كما قيل ولكن المشهور كما اعترف به بعضهم ثانيها هو
ظاهر المتن وكذا ساير النجح للاصل وللنصوص المستفيضة او المتواترة
كما قيل الدالة على ذلك التي لا يعارضها بعض النصوص الآتية المتضمنة
لها المحمولة على وهم الراوي او سبقه على الناسخ وثالثها التفصيل بين
وقوع صورة العقد فانكشف فساده فعليه مهر المثل او العشر او
نصفه وان لم يكن هناك عقد اصلا فلا شيء عليه للاصل ولان منفعة
البضع غير مضمونة بغير العقد كما في نحو الزنا كما قيل وعليه ينزل ظاهر
واوسط بالمنع ما قيل من ان وطء البكر يجب عشر الواطي وعشر الذهاب
بكارتها التي يجب عليه بغير الوطء فلولا ثبوت العشر الاخر لم يكن
وطئها بلا عوض اصلا كما قيل ولكنه مجرد اعتبار واجتهاد في مقابلة
النص المعتبر والنجح ولا يلتفت اليه كما اعترف به بعضهم مع انه قد يكون
لو طئها نقص المفترع نحو وطء الثيب فلا يخلو عن اصل العرف كما

في حكم الجاهلين بالوطي

كما سبق في النكاح وغيره

هو

هو وايضا نحو والانصاف ان الشهرة على الثاني ثابتة ان لم يكن الثابت
عدمها ففي مفتاح الكرامة ان هذا القول ارسل في السرائر وكثير من العبارات
المتعرضة عنه ولم اجد من صرح به الا الفاضل في الارشاد والشهيد في الدروس
وفي مجمع البرهان كان دليله الجمع بين الاخبار بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيب
ولا شاهد عليه لا عرفا ولا شرعا مع ان الاخبار غير واردة في المقام ولم نعثر
هنا الا على خبر طلحة بن زيد عن الصادق عن ابيه عن امير المؤمنين انه قال اذا
اغتصب الرجل امة فاقتضها فعليه عشر قيمتها وان كانت حرة فعليه
الصداق وفي مفتاح الكرامة وغيره انه قال اذا اغتصب الرجل امة فاقتضها
فعليه عشر قيمتها فان كانت حرة فعليه الصداق فانه ظاهر في محل البحث على
ما فهمه غير واحد منهم ولكن لا ينكر ظهوره في الاكراه على الوطء كانت المكرهة
او حرة ودعوى الاجماع على عدم الفرق بينه وبين المقام ممنوعة على مدعيها
واوسط بالمنع دعوى عدم الفرق بين جميع موارد وطء الامة فتكون جميع
النصوص صريحة دالة على القول المذكور ولو بعد تقييد بعضها ببعض كما
زعمه بعض من تأخر وذلك لانه لا يخفى على من تتبع مواردها ورأى
اختلاف اقوالهم فيها وانها ليست عندهم على نسق واحد ودعوى ان
التعليلات التي قد اشتملت عليها قاضية بعدم الفرق بين جميع مواردها
حتى هذا المورد ايضا واضحة المنع بل اقصى ما يستفاد منها ان الوطء اذا كان
لطريق شرعي ظاهرا كالشراء من سوق المسلمين وكدعوى الحرية مع عدم
المعارض لها ونحو ذلك وقد انكشف خلافه يكون عليه العشر او نصفه
ومثله الوطي حليته لزعمها فلا غنى احتمال المخالف بحيث يجد نفعه جائزا فلا

بالحل واما لو ظن حليتها ملتفتا الى احتمال حرمتها عليه فغير داخل في النص
قطعا بل قد يمنع دخوله في سابقه ايض وان كان قد لا يبعد فيه من
جهة غفلته كان حرمه ونحوه فان ذلك لا يصلح للاباحة الشرعية
لا الواقعية ولا الظاهرية كما في نظائره وقد يراد بالجهل التحريم
اعتقاد الحل فقط ففي المبسوط وغيره تفسيره بذلك فيكون من
الجهل المركب ولا ريب في حجيته شرعا ولزوم العمل به ولكن في شمول
النصوص لذلك ايض تامل او منع هذا مع ان صحيح عبد الملك بن
عمرو عن ابي عبد الله ع عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى فيطأها
فقال ع يردها ويرد عشر ثمنها اذا كانت حبلى قد تضمن العشر مطلقا
الآن يحمل على خصوص البكر كما ارسله الكليني ره حيث قال بعد ذكره
وفي رواية اخرى انه كانت بكرا فعشر ثمنها والا لم تكن بكرا فنصف
عشر ثمنها وبه يقيد نصوص اخر اطلقت نصف العشر مع انها
محمولة على الغالب من كون الحبلى ثيبا من ظن الشيخ انها لا تكون
الا ثيبا فالتجأ الى سقوط لفظ النصف من الصحيح المزبور كما في تهذيبه
الاخر وغيره الآن المأتي له مستظهر فلاحظ وتامل والله اعلم
تكميلة ظاهر المتن ونحوه انه لا شيء عليه مع مهر المثل مطلقا حتى
في البكر ولكن في المبسوط انه يجب عليه المهر للشبهة فان كانت ثيبا
فلا شيء عليه سوى المهر وان كانت بكرا فعليه ارش البكارة وفي
انه لو وطئ الامة وهي جاهلة او اكرهها فعليه المهر بلا خلاف الخلاف
في المكره وهو العشر او نصفه على تقدير البكارة والثيوبة

وقيل

وقيل مهر المثل واختاره ابن ادريس وقصر العشر فيمن اشترى جارية فيطأها ثم
حاملا بعد الحال ووطئها ردت مع العشر او نصفه وبتعدده المهر بتعدد
الاكراه وكذا بتعدد الشبهة ولو اتحدت الشبهة فواحد ولو كانت بكرا
فعليه مهر وارش البكارة ان قلنا بمهر المثل وان قلنا بالعشر فالظاهر التداخل
لظاهر النصوص كما قيل وقد يورد عليه اولا بظهور نصوص اخر في دخول مع
مهر المثل ايض وثانيا بان مهر المثل ملحوظ فيه ارش البكارة كما في الحرة التي
لا احد احدا ممن يعتد به ذكر فيها ارش الجناية مضافا الى المهر وقد دخل
فيه دية البكارة كما قيل الا انا لم نعثر على شيء من تلك النصوص مع ان
دوام الملاحظة المزبورة محل منع ايض واصالة عدم التداخل مما لا
محيص عنها مع التقدير المزبور فتدبر جيدا والله اعلم واما الثاني فلا نعرف
فيه خلافا بل الاجماع بقسميه عليه ولكن في كونه دية العشر او النقص وتفاوت
قيمتي البكر والثيب او اكثر الامرين وجوه او اقوال تدقيق البحث فيها في
جناية الفحص فلاحظ وتامل والله اعلم ولو وطئها بعد ان افتضها باصبعه
ونحوها وجب دية البكارة وعوض الوطء لانهما سببان مستقلان
مع اصالة عدم التداخل كما هو ظاهر التحرير وغيره وفي المسالك انهما امران
مختلفان فان ازالة البكارة جناية والوطء استيفاء منفعة البضع فلا
تداخل احدهما تحت الآخر وذهب جماعة منهم العلامة في التحرير والشهيد
في الدروس الى التداخل لان البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر
والعشر ويزيد باعتبارها الواجب ولو وجب ارش البكارة منفردا

في التداخل على

لزم وجوب مهر ثيب لا بكر لو افتضت باصبعه ثم وطئها فلا وجه
للجمع بينهما واجيب بان ملاحظة البكارة في مهر المثل والعشر
لا يقتضي التداخل لان ملاحظتها من حيث ان وطء البكر خلاف وطء
الثيب فلوحظت باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية فلا بد للبكارة من
شيء زائد فهو عشر آخر على قول وارش نقصان قيمتها على حال
البكارة الى الثيبوبة نظرا الى نقصان المالية وقد يورد عليه اولا
بان نسبة التداخل هنا الى التحرير والدروس مخالفة لما هو المنساق
فيهما وحكمهما بالتداخل في وطء البكر قاض به هنا لظهور الفرق
بين ذهاب البكارة بالوطء المرخص فيه شرعا مع اقدام الموطوءة
عليه وبين ذهابها بالاصبع ونحوها مما هو ممنوع منه شرعا وعرفا
كما هو واضح اللهم الا ان يحمل ذلك منهما في مقام آخر لم نعثر عليه
فلاحظ وتدبر والله اعلم وثانيا ان عدم التداخل على صحة الوطء وان
كان هو المنقول عن المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وشرح الروضة
ومحتمل السرائر للتعليل المذكور الآتي ظاهر النصوص على
كثرتها في عدم وجوب شيء غير العشر او مهر المثل خصوصا مع
ملاحظتها في مقام البيان بل يمكن ان يكون من قبيل الاجتهاد في
مقابلة النص كما قيل وفيه ان القول المذكور سابقا هو على تقدير
وجوب مهر المثل فقط كما هو صريح المبسوط والتذكرة وجامع
المقاصد لا على تقدير وجوب العشر او نصفه الذي نقل عن الفاضل
في الارشاد والشهيد في الدروس تبعا للمنقول المرسل في السرائر
وغيرها والنصوص الكثيرة واردة فيه فقط وظاهرها التداخل كما سبق عن

الدروس

لان مسئلة وطء البكر غير مسئلة الافتضاض حتى يجمع الذي هو محل الكلام

الدروس فلم نجد فيه ما صرح بعدمه هنا بل ولا في باقي موارده وكانه
لان العشر للوطء المفيد لذهاب البكارة والنصف لذهابها فليس
هناك تداخل حقيقة ولا يلزم من ذلك كون الارش في ذهابها
بغيره نصف عشر ايضا اذ قد تختلف التقديرات الشرعية
باختلاف الاسباب الشرعية كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم
تنبيه ظاهر النص والفتوى ان عوض الوطء بعد افتضاضها
بنحو الاصبع انما هو مهر المثل او نصف العشر مع نقصها الا ارش
البكارة لاصالة براءة الذمة مما زاد عليه ولصدق وطء الثيب
فتندرج فيما دل على لزوم نصف العشر بوطئها ودعوى صدق
وطء البكر عليه لانها التي لم توطأ قبله وان ذهبت بكارتها
باصبع ونحوه واضحة المنع بل العرف والشرع ما طفحا بخلافه
فلاحظ وتامل والله اعلم وفي القواعد انه لو وطئ الغاصب الجارية
المغصوبة جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها او عشر قيمتها مع
البكارة ونصفه مع الثيبوبة على الخلاف ويحتمل مع البكارة لزوم
الاكثر من الارش والعشر ومع العقد جاهلين يلزمه الاكثر من
الارش والعشر ومهر المثل وقد اشكل على شراحه مرادهم من
الاحتمال المذكور ولا ثمرة مهمة في التعرض لما ذكروه والظاهر
ان مرادهم لزوم الاكثر من الارش والعشر على الجناية بغير

الوطء ومع العقد الاكثر منهما ومن مهر المثل بل ومن المهر المسمى في العقد الفـ
لان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال كما قيل وفي المختلف انه قد اختار
الاحتمال المزبور كما قيل الا انه مدفوع بظاهر النصوص الواردة في مقام البيع
كما قيل الا انها غير شاملة لمحل البحث حتى يحمل عليه الحق كما سبق
هذا ولو سلم شمولها لمحل البحث فلا ملازمة بين الارش بذهاب البكارة
بالوطء وبين ذهابها بغيره فيلتزم ح بالاكثر في الثاني دون الاول
فلاحظ وتامل والله اعلم واما لزوم اجرة المثل عليه في جميع مدة غصبه
لها فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لانها مضمونة عليه
كسائر منافع الاموال ولا فرق في ذلك بين زمان الوطء وغيره مع فرض
فوات بعض المنافع المعتد بها فيه ولكن عن جامع المقاصد وغيره انه
لا يضمن ما فات منها فيه لان عوض الوطء قد اخذه منه ولا يمكن الانتفاع
في ذلك الزمان بغير ما هو مضادة له كما قيل وفيه ان ذلك عوض شرعي لا عرفي
وان لم يفت به شيء من المنافع المالية عادة فلا يكون بدلا عنها حيث
يكون سببا لفواتها واولى بذلك المنافع التي يمكن ان يجامع الوطء عادة
ومما في المسالك من انه قد ضمن منفعة البضع في وقته فلا بد من استثنائه
من الزمان مدفوع بان منفعة البضع مغايرة لمنفعة اليد ونحوها
فلا يلزم من ضمانها بالعشر ونحوه عدم ضمان منفعة باقي الاعضاء
نعم لو كان للبضع منفعة محللة بعقد ونحوه امكن التزام عدم ضمانها
للاصل وتعذر استيفائها في زمان الوطء المغصوب شرعا بالعشر ونحوه
ولعل ذلك هو مراد الشهيدين وغيرهما والا فغير محله جدا

واما

في انعقاد الولد حرا او عبدا فيه خلاف

واما لو احبلها فلا نعرف خلافا في لحوق الولد به للشبهة بل عن الخلاف
والمبسوط الاجماع عليه في الجارية المشتراة فظهر مالكها بعد ذلك
كما قيل ولانه متولد من مائه فيكون بحكمه ولان الناس كلهم
احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية وللنصوص الدالة على
ذهاب الولد الى الحر من ابويه كما قيل ولكن عن المقنعة ونهاية
الحكم بها برقية الولد الا ان يرضيه الاب عنه بشيء لانه نماء
ملكه فيكون مثله ولظهور الفرق بينه وبين مورد الاجماع
كما قيل الا انه مع تسليمه في نفسه شاذ نادر كما اعترف به بعضهم
بل قد يكون المراد مجرد لزوم دفع قيمته للمالك وح فيرتفع
الخلاف كما قيل ولو سلم فهو كالاجتهاد في مقابلة اطلاق النصوص
الحاكمة بالحرية وبانه يؤدي الى المالك قيمته يوم ولد حيا
لانه وقت الحيلولة بين مولى الامة وبين ما هو من نمائها
وتابع لها فيقوم ح رقا وتدفع قيمته للمولى كما قيل والعمدة
انما هو النصوص المستفاد منها ذلك ولولاها لاشكل الحال
في احتمال ضمانه لانه حر لم يكن مالا للمالك وقد حال الغاصب
بينه وبين صاحبه ودعوى ان المراد بالحيلولة هو انه لولا
انه يلحق به الولد لكان ملكا للمولى يدفعها ابتناؤها
على الارادة المزبورة منها مع انها لم ترد في كتاب او سنة كي
يحتج بان المراد فيها ذلك والمتيقن من معقد الاجماع على

انّ المناط للضمان انّما هو ما لا يتحمّل مثل المقام الّذي لم تعلم
مالية الولد للمولى في زمان من الازمنة ان لم يعلم عدمها فانّه
قد انعقد حرّاً عندهم وانّما وجب على الغاصب اداء
تأدية القيمة الى المالك تعبّداً شرعيّاً وجبراً لما فاته من
منفعة الجارية فانّه لولا الغصب لامكن ان يتولّد منها ما هو
ملك له ونحو ذلك كما قيل ولكن قد يمنع انعقاده حرّاً
فقد يكون انعقد رقّاً وعلى الاب شراؤه ودفع القيمة
عنه فيملكه وينعتق عليه شرعاً ودعوى القطع بعدمه وبانّ
ذلك غرامة شرعيّة وعقوبة دنيويّة عهدتها على مدّعيها
فتأمّل جيّداً والله اعلم ولا ريب في ضمان ما نقص من الجارية
بسبب الحمل او بسبب الولادة لانّها مضمونة عليه عيناً واجزاءً
واوصافاً كما في نظائره والله اعلم وامّا لو سقط الحمل ميّتاً ففي
الشيخ والفاضل والشهيد في التحرير والدروس انّه لا ضمان
على الغاصب للاصل ولعدم العلم بحيوته كي يكون مملوكاً للمالك
وداخلاً في ضمان الغاصب كما قيل او لعدم كونه مالاً عرفاً ما دام
حملاً وان ولجته الروح كما يشهد له النصوص الواردة عنهم عليهم السلام
في مبدأ خلق الانسان فانّه لا منافاة بين ولوج الحيوة فيه وبين
عدم كونه مالاً عرفاً كما قيل ولكن في الجميع نظر كما اعترف به المقرّر
وكثير ممّن تأخّر عنه لوضوح كونه مملوكاً وان لم تحلّه الحيوة
ولذا يقع الصلح عليه وعلى غيره ممّا تغتفر فيه الجهالة ونحوها مع ضمان
الجناية عليه ولو لم يكن مالاً لما ضمنه كما قيل وقد يقال بانّ ذلك التقدير
شرعي

شرعي لاسقاط الجنين وان لم يكن مالاً كما في جنين الحرّة والمفروض
انّ الغاصب لم يسقطه وانّما سقط ميّتاً لنفسه لا لجناية الغاصب عليه
كما هو المفروض في كلامهم ودعوى انّه لا فرق بينهما في العلم بالحيوة وعدمه
فانّ الجناية لا تصيّره حيّاً قطعاً يدفعها انّ الجناية انّما تجري عليه حكم
الحيّ شرعاً لقيام الدليل عليه لا لانّه حيّ حقيقة وعليه يحمل كلام الشيخ وموافقيه
ففي المبسوط انّه لو احبلها الغاصب الجاهل بالتحريم ثمّ ولدته ميّتاً
لم يضمن الغاصب قيمة الولد لانّه لا يعلم كونه حيّاً قبل هذا ولانّه ما حال
بينه وبين سيّده في وقت التصرّف ولو ضربها اجنبيّ فالقت الجنين
ميّتاً فعلى الضارب الضمان لانّ الالقاء عقيب ضرب بطنها سقط الولد
غالباً بخلاف ما لو سقط لنفسه لانّ الاصل الموت حتّى يعلم غيره ولا يخفى
انّ هذا الاصل جارٍ على التقديرين ولولا النصّ والفتوى والاجماع
على ضمان الجاني على الجنين لامكن التزام عدمه ايضاً بناءً على الاصل
المزبور ولمّا لم يكن دليل على الضمان في صورة سقوطه بنفسه فلا مخرج
عن اصالة براءة الذمّة منه وليس داخلاً تحت اليد كي يكون مضموناً
عليه بقاعدة اليد او بقاعدة الغصب كما قيل ولكن على تقدير العلم
بانعقاده رقّاً فلا ريب في دخوله تحت اليد تبعاً لامّه وانكاره
في غير محلّه الّا انّه لا طريق الى العلم بذلك ولا مخرج عن الاصل [illegible]
وامّا ضمان الضارب دية الجنين فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع
للغاصب

في حكم ضمان الحمل للغاصب

في ضمان الغاصب للمالك

بقيمته عليه والمفروض فاضية برائيته ولا ريب ايضا في ضمان جنين حر للغاصب لان المفروض حريته وانه ولد الغاصب شرعا فديته له واما ضمان الغاصب للمالك جنين امة فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لانه لو بحث حتى سقط حيا كان على الغاصب ان يدفع قيمته حال حيوته الى المالك فعليه ان يدفع اليه قيمة الجنين الذي هو بحكم الحي بمقتضى دليل الجناية كما قيل ولانه ضامن للمالك قيمته على تقدير كونه مملوكا كما لو ولد حيا كما قيل وفيهما معا نظر بل المانع لها مستظهر خصوصا مع زيادة دية جنين الامة على قيمته يوم سقط حيا بل او مع ... وانها ايضا اذ لا يزيد الجنين على المولود حيا عادة من حيث المالية ولكن قد يكون للجنين تقدير شرعي فيلتزم به وهو به مشكل ولا مخرج من الاصل فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيهات

الاول لا يتوقف وجوب حق المولى على الغاصب على اخذه الحق من الجاني لان كل حق متعلق بذمة غيره من غير تقييد بالاخذ في المالك وغيره ولكن قد يقال بان المالك لا حق له على الغاصب الا ما لو ولد حيا فعليه قيمته يوم ولادته وبلوغه عدمه ودعوى انه بحكم الحي شرعا ما لم نعرف لها شاهدا معتبرا ولو سلم فلا محيص عن التزام كون قيمته اقل من قيمة المولود حيا لاصالة برائة الذمة مما زاد عليها ان لم تمنع عن المعارض فتامل جيدا والله اعلم الثاني ظاهر المتن وغيره انه ليس للمالك الرجوع على الجاني للاصل ولعدم ثبوت حق له عليه فان حقه

فقد دخل

فقد دخل في دية جنين الحر التي قد اخذها الغاصب منه فعليه ادائه اليه كما قيل وقد يقال بانه هو المفوت لحقه اذ لولاه لاخذ قيمته يوم ولادته حيا فله الرجوع به عليه كما ان له الرجوع على الغاصب ايضا لان يده يد ضمان كما قيل الا ان المانع له مستظهر يظهر من التدبر فيما مر وغيره فلاحظ وتدبر والله اعلم

الثالث لو كان الجاني على الجنين المزبور هو الغاصب فعليه للمالك قيمة جنين مستحق قيمته يوم ولادته حيا لان ذلك تمام حقه واما ما زاد عليها فهو للامام عليه السلام لان القاتل لا يرث والام رقيقة لا ترث فينحصر ارثه به عليه السلام كما قيل وفيه ان القاتل انما لا يرث ما يملكه المقتول والجنين لا يملك شيئا ... ما انتقل اليه انما هو انتقال الى ورثة الباقين من الاخوة وغيرهم على نحو ما في الاموال المتروكة للميت فاذا فقد الجميع انتقل الى الامام عليه السلام وقد يجي لذلك تتمة في كتاب الديات ان شاء الله تعالى وبالنبي واله عليهم السلام

الرابع لا فرق في حكم الجناية بين جميع افراد الجنين من النطفة المستقرة في الرحم لان تكون مبدا نشو انسان وان كانت مختلفة باختلاف حالاته كما ياتي في محله ان شاء الله وبالنبي واله عليهم السلام وربما يقال بانه ان لم تلجه الروح فعليه دية جنين وان ولجته الروح فعليه قيمته يوم سقوطه مفروض الحيوة فتامل جيدا والله اعلم ولو كانا عالمين بالتحريم بان اكرهها على ذلك فعليه المهر او العشر ونصف العشر بلا خلاف ولا اشكال لعدم كونها بغية فهذا الحال هو ذلك هو العوض

بحكم

في حكم العالمين

وصورة مع عدم المطاوعة

بل البحث بعينه عليه

شرعاً عن الوطء عليه المحقق كما في نظائره وان طاوعته على الوطء
حداً معاً لانهما زانيان والمشهور انه لا مهر عليه كما عرفت كثير
منهم للاصل وقوله ع لا مهر لبغي الذي قد اغنت شهرته فيما بينهم
وتلقيهم له بالقبول في سائر الموارد عن النظر في سنده كي لا
يضع الا المناقشة في دلالته باحتمال اختصاصه بالزانية الحرة
القابلة للتملك المسماة بالمهيرة فلا يشمل الامة كما هو محل
البحث مع اصالة البراءة وان مال اليه الفاضل وكثير ممن تأخر
عنه تبعاً لارسال المصرية وغيره ولكنه في غير محله لوضوح ان
مجرد الاحتمال غير مانع من حجية الظواهر اللغوية والعرفية كما في
سائر الموارد وانكار ظهور العموم في النبوي المزبور فيقتصر على
المتيقن منه وهو خصوص الزانية الحرة في غير محله خصوصاً بعد فهم
المشهور له منه وهم سادة اهل العرف كما قيل اللهم الا ان يق بان
المتبادر منه ارادة النهي عن اكل اجر الزانية كما يشهد له ما في التذكرة
من انه ع نهى عن مهر البغية وهذه باغية كما هو المفروض او
يق بان المتبادر منه انه لا مهر لبغي من حيث بغائها وذلك
لا ينافي ثبوت المهر لها من حيث انها مال الغير والتصرف فيها
بالاجرة عرفاً موجب لضمان الاجرة على استخدامها ولا ريب
في ان الانتفاع بها بالوطء اعظم عرفاً من بعض الاستخدامات
المضمونة على الغاصب قطعاً فيكون مضموناً عليه ايضاً كما قيل وهو
حسن لو كان الانتفاع من الاموال العرفية كالانتفاع بالخدمة
ولكن المانع له مستظهر ولذا لا يضمن بالفوات عندهم مع ان
المنافع العرفية تضمن به عند المشهور او الجميع وح فيستفاد
من ذلك

في شمولها لعدم [illegible] للحرة والامة ونفيه المهر والعشر وعدمه فيه خلاف

من ذلك انه ليس على حد الاموال العرفية ولم يثبت له حكم شرعي
كي يعمل به فقضيته ان لم يكن الثابت عدمه فلا مخرج عن الاصل
ودعوى ان المستفاد من صحيح ابن سنان وغيره ثبوت المهر
للموطوءة هنا ولو من جهة ترك الاستفصال وغيره واضحة المنع
فانها كالنص في الجاهلين او في الجاهلة بالتحريم مع ان ذلك
هو الغالب فينصرف اطلاق السؤال اليه فلا محيص عنه والعلم
وان استثناء البكر كما في المتن وغيره من غير خلاف يعرف فيه بل
من فخر الاسلام الاجماع عليه فليس من جهة الوطء وانما هو ارش
الجناية كما لو افتضها بغير الوطء او زالت بنفسها تحت يده ومحل
دخوله في المهر الذي قد اوجبه الوطء خصوصاً على تقديره بالعشر
فاذا نفاه الشرع من حيث البغاء فقد انتفى الارش الذي يدفعه
انه لا ارش به على الدخول المزبور ولو سلم فقد يكون النفي المزبور
لما زاد على الارش فيقطع في القول بالعشر بناء على الخلاف الى
ان نصفه لذهاب البكارة ونصفه للوطء المذهب لها وكون
ارشها العشر بنحو قطع الاصبع ونحوه غير قاض بان ذلك بل
بالوطء ارشها كذلك لامكان الفرق بينهما شرعاً والقطع بعدمه
عهدته على مدعيه ولو سلم القطع المزبور فقد يلتزم بناء على ذلك
بعدم الثمرة بين القولين في خصوص البكر كما التزمه بعض من تأخر
الا انه بعيد جداً بل قد يقطع بعدمه واولى بالمنع دعوى سقوط الارش هنا
كما احتمله بعضهم فتأمل جيداً والله اعلم واما عدم لحوق الولد بها شرعاً

فلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما في سائر اولاد الزنا واما
كونه رقا للمولى فكذلك ايضا لانه نماء ملكه على نحو ولد البهائم
اذ لا فرق بينهما من هذه الجهة كما هو واضح والله اعلم واما ضمان
الغاصب لما ينقص منها بالولادة والحمل وغيرهما فواضح
لان يده عليها يد ضمان كما في سائر الاعيان المغصوبة وكذا
لو مات الولد في يده او تعيب وهو فيها لاتحاد المناط في
الجميع كما هو واضح والله اعلم واما عدم ضمانه لو وضعته ميتا فقد
ارسل المصنف وغيره القول به تمسكا بالاصل وبالتعليل المزبور
ولكن قد صار المصنف وكثير ممن تاخر عنه الى ضمانه مطلقا وان
علما بعدم ولوج الروح فيه بل لعله المشهور فيما بينهم لقاعدة
اليد القاضية بضمانه فانه مال او كالمال في حكم الضمان فيقوم
ح جنين مملوك مط وهذا بخلاف الجنين المحكوم بحريته او
بوجوب القيمة بمجرد ولادته فانه انما يقوم جنينا يلزم دفع
دفع قيمته يوم ولد حيا وذلك اقل من قيمته يوم ولادته
حيا عادة هذا وتردد المصنف انما يراد به ثبوت الضمان
عليه كما فهمه ثاني الشهيدين لانه متردد بينهما على نحو ما سبق
في [illegible] كما زعمه بعضهم ووجه الفرق بين المسألتين في غاية الظهور
خصوصا على تقدير انعقاده حرا هناك لعدم دخوله تحت يد الغاصب
هناك مع دخوله تحت يده هنا لانه مملوك ملكا مطلقا
قطعا فتم جيدا والله اعلم واما ضمانه بالجناية عليه مما لا خلاف فيه

ولا اشكال

دفع

ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه وتفصيل مقداره موكول
الى محله نسأل الله تعالى الوصول اليه بمنه وبالنبي صلى الله عليه وآله واما لو كان
الغاصب عالما والامة جاهلة فلا ريب في عدم لحوق الولد به
ولا في وجوب الحد عليه ولا في وجوب المهر عليه لشمول ادلة الجميع له
لانه زان حقيقة فيلحق بها الولد كما في نظائره فتامل جيدا والله اعلم
ولو كان الغاصب جاهلا بالتحريم والامة عالمة بالتحريم لحق به الولد
ولم يحد وفي لزوم المهر عليه الخلاف السابق وعليها الحد ولم يلحق
بها الولد على نحو ما تقدم فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره السادسة
اذا غصب حبا فزرعه او بيضا فاستفرخه قيل
الزرع والفرخ للغاصب وقيل للمغصوب منه
وهو اشبه اقول وهو خيرة الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه
سائر من تاخر عنه بل وسائر من تقدم عليه بل عن الناصرية انه لا خلاف
فيه بل عنها وعن السرائر الاجماع عليه كما قيل ولانه عين ماله عند
التحليل او لانه من نمائه وفروعه عرفا وشرعا ولمنافاته لما جعل الله تعالى
الرشد في خلافه حيث صار الى انه للغاصب لانه قد دخل المغصوب
في ملكه بمجرد غصبه وضمانه فيكون ما تفرع عليه له شرعا تبعا له و
ضعفه ظاهر واضعف منه ما عن بعض العامة من ان الفرخ للمغصوب منه
والزرع للغاصب اذ هو تحكم صرف ولكن عن الشيخ في موضع آخر من
المبسوط اختياره فيهما ايضا كما عن الوسيلة ايضا لان المغصوب قد تلف به

عل المزا

بالوجدان والمشاهدة الحسية وانكاره مكابرة فعليه مثله او
قيمته لقاعدة الاتلاف ولو [illegible] وصح فيملكه الغاصب بالحيازة
لو وضع اليد عليه على نحو ما قيل به من ملك حمل البهائم
للمالك مع انه منعقد من منيّ الفحل ومتفرع عليه على نحو
تولد الفرخ من البيضة وتولد الزرع من الحب كما قيل او
قد يدفع مع ظهور الاجماع على الفرق بينهما بان المني غير
مملوك بخلاف الحب والبيض وبانه لا يعلم كون الحيوان
متولدا من مني الفحل وكون البهيمة كالارض من المعدات
لتغليه او انه متولد من ماء الانثى وماء الفحل من الشرائط
والمعدات لنموه او انه مركب منهما معا وهذا بخلاف الزرع
المعلوم تولده من الحب والفرخ المعلوم تولده من
البيضة بالحس والوجدان كما ان من المعلوم عدم صدق الاتلاف
عليه على وجه يندرج في القاعدة ويكون عليه المثل او القيمة
وانما هو من تغير الصفات والهيئات مع بقاء جوهرية الشيء
وما اعد له من المنافع العرفية التي منها تولد الزرع والفرخ
بل لعله اعظم المنافع بخلاف اتلاف الحب واراقة البيضة
ونحو ذلك مما هو من الاتلاف قطعا وبالجملة كانت المسئلة
من الواضحات والمعلومات عند العقلاء واهل العرف و
الشرع فلا ينبغي اطالة الكلام فيها فلاحظ وتامل والله اعلم
قال ولو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا

كان

[illegible] والله العالم [illegible] لا ينبغي [illegible] الكل [illegible] الا تحقق [illegible] وكلام [illegible] ناظر الى عدم تحققه [illegible] النزاع

كان للمالك ولو نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن
الارش اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بناء على ملكية
الخمر لمالك العصير لانها حينئذ متفرعة على ملك العصير على نحو تملك
الطحين والخبز ونحوهما لمالك الحنطة واما بناء على عدم ملكيتها
له فلان ملكية الخل له حينئذ محل تامل لاصالة العدم الا ان يثبت عليها
نص او اجماع كما قد يظهر من ارسال كثير منهم ارسال المسلمات
كما قيل ولكن لم نعثر على نص في ذلك والاجماع غير ثابت بل عن الفاضل
وولده والشهيد والثانيين وكثير منهم احتمال عدم عود الملك الى
مالك العصير مطلقا او في غير الخمر المتخذة للتخليل او عدم اخذ المالك
لبدله حال كونه خمرا بل او مع اخذه على انه بدل الحيلولة لا انه بدل
مطلق على وجه المعاوضة القاضية بتملك الدافع للمدفوع عنه الا ان غير
ذلك مما هو جار على الاصول والقواعد الشرعية هذا وفي المسالك انه
اذا صار العصير خمرا [illegible] بل ذلك بمنزلة التلف لخروجه عن
اهلية الملك فان لم يدفع اليه العوض حتى صار خلا في يد الغاصب
عاد الى المالك ملكه لان المانع كان هو الخمرية وقد زالت وان
حدث لصورة اخرى ينظر ان نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ضمن
الارش ويخالفه ما اذا غصب خمرا غير محترمة فتخللت في يده فانه
لا يجب عليه رد الخل والفرق ان العصير كان مملوكا للمالك وهو في يده
وانما طرأ عليه ما منع الملك فيزول بزواله بخلاف الخمر فانها لم تكن
مملوكة بوجه وانتزاعها من يده غير مضمون له وتخللها احدث ملكا

مع من

جديداً لمن اخذه بيده ان نوى ببقائها في يده التخلل او مباحاً
ليستحقه من سبق الى اخذه ولو كان المغصوب خمراً متخذة
للتخليل فتخللت في يد الغاصب فالاقوى وجوب ردّه كالعصير
لكونها مستحقة لمن اخذه بيده بهذه النية مع احتمال العدم [illegible]

العدم حق ٢

للملك وفائدة احترامها جواز ابقائها في يده وعدم وجوب اراقتها
وعلى تقدير تخمّر العصير في يد الغاصب لو اختار المالك تغريمه
قبل انقلابها خلاً فله ذلك فاذا اخذ العوض فانقلب خلاً
في يد الغاصب وجب ردّه واخذ البدل كما لو دفعه حيث
لم يمكنه ردّ المغصوب لمانع آخر مع احتمال استقرار ملك
الغاصب عليه لخروجه عن اهلية الملك حين الخمرية وبراءته
منها بدفع البدل وتملكه او وجب حدوث ملكية لمن هو في يده
ولو طلب المالك اخذها خمراً مع اخذ البدل ففي اجابته اليه
وجهان من خروجها عن ملكه ومن ثم وجب البدل ثانياً ومن بقاء
الاولوية لامكان ارادة التخليل ومن ثم عاد ملكه اليها قبل دفع
البدل وهذا اقوى الا ان يعلم من حاله انه يتخذها للشرب لزوال
حقه حينئذ وكون اعادتها اليه تعاوناً على الاثم والعدوان ثم على
تقدير اعادتها اليه مع البدل فصارت خلاً في يد المالك ففي
وجوب ردّ المثل الى الغاصب وجهان من انه اخذه للحيلولة بينه
وبين ملكه وقد زالت بعود ملكه اليه فيجب الردّ ومن ان هذا
ملك جديد لان العصير لما صار خمراً صار تالفاً فوجب بدله والاقوى

اي متجدد

الاول لان الاصل ماله وانما حدث له مانع الخمرية فاذا زال المانع
عاد الملك ولم يبطل حقه منه راساً وانما زال الملك بالفعل وبقي بالقوة

القريبة

القريبة منه ولا بد من مراعاة الارش على تقدير نقصه حيث يجمع بينه وبين
البدل انتهى وكثير من ذلك في القواعد وشروحها ولا يخلو بعض ذلك
من نظر فتدبر وتدقيق بان حق الاختصاص ثابت للخمر المزبورة
فاذا صارت خلاً لم يزل حق الاختصاص عنها فليس لاحد ان يسبق
اليه فيكون ملكاً له لاستيلائه عليه فعلاً او شرعاً فيندرج في عمومات
الحيازة ان ملاكها لنحو ذلك لغة وعرفاً او لاستصحاب حق الاختصاص
الثابت حال كونه عصيراً قيل والامر سهل والله اعلم واما الثاني
فلا خلاف فيه ولا اشكال لانه مضمون عليه عيناً وصفةً كما في نظائره بل
قد يقال بوجوب دفع مثل العصير لفواته في يده ووجوب دفع عين الخل
مع ذلك الى المالك لان ذلك من توابع حق الاختصاص ولوازمه
فهو عطية من الله تعالى للمالك وليس في ذلك جمع بين العوض والمعوض
كما هو واضح ودعوى الاجماع على خلافه عهدتها على مدعيها كما يظهر من التدبر
فيما مر من الفروع وغيرها فتدبر جيداً والله اعلم قال ره السابعة
لو غصب ارضاً فزرعها او غرسها فالزرع
ونماؤه للزارع وعليه اجرة الارض وازالة
غرسه وزرعه وطم الحفر وارش الارض ان نقصت
ولو بذل صاحب الارض قيمة الغرس لم يجب على
الغاصب اجابته وكذا لو بذل الغاصب لم يجب
على صاحب الارض قبوله ولو وهبه اقول اما الاول
فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه للاصل وخبر عقبة بن

خالد عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل اتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه
حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال للزارع زرعت بغير اذني
فزرعك لي وعلي ما انفقت أله ذلك ام لا فقال للزارع
زرعه ولصاحب الارض كراء ارضه وخبر محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام
عن رجل اكترى دارا وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا
واشجارا وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال
عليه الكراء ويقوم صاحب الدار ذلك الزرع والغرس قيمة عدل
ويعطيه الغارس ان كان استأمره فعليه الكراء وله الغرس
والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء ولعل الاصل وان كان الى
آخره فسقطت الواو من قلم الناسخ وفي التهذيب فيعطيه الغارس
ان كان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه
الكراء وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء ونحوه
عن الكافي والاثر قد اثبت الواو وبه قد يستشكل فهم المعنى المعتبر
بدعوى تكرار فتدبر والامر سهل وفي الفقيه عن سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام
انه اتى رجل ارضا فزرعها بغير اذن صاحبها فلما بلغ الزرع
جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي
وعلي ما انفقت فللزارع زرعه ولصاحب الارض كراء ارضه
الى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك الموافقة للاصول والقواعد
الشرعية التي مقتضاها ملكية الزارع له وانه لا تسلط لصاحب الارض
عليه اصلا ولكن عن الكاتب ان لصاحب الارض ان يرد ما خسره
الزارع ويملك الزرع وعن بعض العامة انه ان جاء صاحب
الارض والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه و

خير

٢ ويؤيده ما في الكافي ... الا انه ليس فيه الى آخره فذكر ح

خير المالك بين ان يبقيه الى الحصاد باجرته وارش النقص وبين ان
يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له لما عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من زرع
ارض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته ونحوه عليه
كما قيل وفي خبر ابي مسلم الذي قد اعرض عنه الاصحاب كما اعترف به بعضهم
مع ما في متنه من التشويش والاضطراب مع فلا يخرج به عن الاصول
ولا يخص به العمومات فضلا عن ان يعارض به النصوص التي هي حجة للموافقة
للتعويض برد القول المزبور وفي المختلف انه قال ابن الجنيد لو احدث
الغاصب حدثا من بناء او زرع وما اشبههما ثم اراد المغصوب منه ان يدفع
الى الغاصب نفقته على العين الذي احدثه في سلعته وكلها باستغلاله
ولا اجرة له ويستحق له ما في سلعته مما احدثه الغاصب كان ذلك له
لقولهم من زرع الحديث ولم يحضرني حال رجاله والزرع عين مال الغاصب
فلا ينتقل عنه الا برضاه وقد يورد عليه بان رجاله من العامة فلا عبرة
به وخبر ابي مسلم غير منطبق على تمام دعواه ولعله محمول على التقية
ولعله لذا لم يستدل به الفاضل وغيره على ما قيل كما قيل والامر سهل بحمد الله
تنبيه الظاهر ان الغاصب لو صبغ الثوب لم يملك صاحب الثوب
على قبول قيمة الصبغ للاصل وعموم تسلط الناس على اموالهم وربما قيل
بان له ذلك للضرر بثبوت ذلك في الزرع والغرس كما قيل وللتبعية الصبغ
للثوب عرفا ولانه من الصفات عرفا ولصعوبة فصل الصبغ عن الثوب
على وجه تبقى ماليته كما لا يساعد عليه الوجدان الى غير ذلك مما هو واضح الضعف
وقد سبق في مسألة الصبغ ما له نفع هنا فلاحظ وتأمل والله اعلم بالحال

٥ عن رافع ح

٢ جز الآخر ح ×

٢ وكسبه ح

واما الثاني فلا خلاف فيه ايضا ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه للنقص
الذي تعذر ولان الارض مضمونة عليه عينا ومنفعة كما هو واضح كوضوح
باقي الاحكام المزبورة الجارية على القواعد الا في الامر الذي قيل
بمخالفة الكاتب فيه وان كان ضعيفا في نفسه والامر سهل وحينئذ
لو تضرر الغاصب بذلك فانه هو الذي قد ادخله على نفسه مضافا
الى خبر عبد العزيز عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال من اخذ ارضا بغير
حقها او بنى فيها فليرفع بنائه ويسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق
ظالم حق قال عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله من اخذ ارضا بغير حقها كلف
ان يحمل ترابها الى المحشر الى غير ذلك فلاحظ وتامل والله اعلم
ولو كان الغاصب قد جمع بين غصب البذر والارض ولو من
مالك واحد فللمالك ان يكلفه القلع وتغرمه ارش النقص
لكن هنا ليس للغاصب قلعه اذا رضي المالك وكذا الوسائل [illegible]
المناط في الجميع كما هو واضح والله اعلم قال ره ولو حفر الغاصب
في الارض بئرا كان عليه طمها وهل له طمها
مع كراهية المالك قيل نعم تحفظا من درك التردي
ولو قيل للمالك منعه كان حسنا والضمان يسقط
عنه برضى المالك باستبقائها اقول اما وجوب
الطم عليه مع ارادة المالك له فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع
بقسميه عليه لان ذلك مقتضى وجوب ردها الى المالك كما اخذها
واما الاشكال فيما لو لم يرد المالك طمها فعن الشيخ وابن زهرة

انه له

في تصرفات الغاصب في الارض المغصوبة

ان له طمها مطلقا وان نهاه المالك عن ذلك للتعليل الا انه لا يقتضي
جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه وبغير طيب نفسه والضرر
عليه بالتردي فيها هو الذي قد ادخله على نفسه فلا يصلح لنفي
حرمة التصرف في مال الغير كما هو واضح ولكن المص ره وجماعة تأخر
عنه كما اعترف به بعضهم على ان للمالك منعه بل وعلى انه ليس له
الطم بدون اذنه به كما هو مقتضى العمومات كتابا وسنة و
اجماعا الا انه قد صرح المص وغيره بزوال الضمان عنه
برضى المالك ببقائها لخروجها عن العدوان بذلك فكانه
قد حفرها باذن المالك كما قيل وقد يدفع باطلاق ادلة الضمان
بالحفر عدوانا والصادق على ذلك وان رضي المالك ببقائها
فان ذلك لا يخرجها عن العدوان في الحفر لا لغة ولا عرفا ولا
شرعا اللهم الا ان الاجماع مركب على ذلك فيتعين المصير اليه
ح ولكن اني بذلك وفي المسالك انه لو تعذر استيذان
المالك بالطم لغيبة ونحوها جاز له الطم تحرزا من الدرك المذكور
وفيه انه ذلك لا يبيح التصرف في مال الغير بغير اذنه مع استصحاب الضمان
واطلاق ادلته الشامل لذلك وغيره هذا ولا يسقط الضمان عنه بابراء
المالك منه للاصل ولان ذلك من اسقاط ما لم يجب كما قيل ولان ذلك
من الاحكام الشرعية التي لا مجال لاسقاط المالك لها من انه فرق وانما
يتجه سقوط الضمان لو ابرأه بعد لو وقع فيها ولكن عن التحرير التردد في الابراء الآن

المالك لو اذن بالحفر ابتداء لم يضمن الحافر وبعده ان حصل الضمان
لتعديه بالحفر والابراء لا يزيله لان الحاصل لا يمكن تغييره عن
الصفة التي وقع عليها ولان الضمان ليس هنا للمالك فلا
يصح الابراء منه الا ان قوة الثاني ظاهر كضعف الاول
وقد يجيء لذلك تتمة اتم في كتاب الديات نسئل الله الوصول
اليه بفضله وبالنبي واله فلاحظ وتامل والله اعلم قال

الثامنة اذا دخلت دابة في دار لا تخرج الا
بهدم فان حصل لها بسبب من صاحب
الدار الزم الهدم والاخراج ولا ضمان على
صاحب الدابة وان كان من صاحب الدابة

في حكم حصول التفريط من احدهما

ضمن الهدم اقول لا نعرف خلافا في شيء من ذلك بل ولا
اشكال فيه كما في المسالك وغيرها اما صاحب الدار فان غصبه
للدابة وادخالها في داره موجب لردها الى مالكها مطلقا
وان تضرر بضرر كثير فانه هو الذي قد ادخله على نفسه وكذا
صاحب الدابة لو ادخلها الدار بغير اذن صاحبها فانه يجب
عليه اخراجها وعليه ضمان ما يتوقف عليه الاخراج من الهدم ونحوه
وربما قيل بوجوب ذبح الدابة التي يؤكل لحمها فلم يرض المالك
بالهدم خصوصا اذا كانت قيمته اقل من ارش الهدم او
كان التفاوت بين قيمتها مذبوحا او غير مذبوح اقل منه
ايضا لما فيه من الجمع بين الحقين دفعا للضرر عنهما
وارتكابا لاقل القبيحين ويدفعه ان الشارع لصاحبه
بالاخراج

بالاخراج مطلقا وان استلزم الهدم على نحو اذنه بقلع الغرس المستلزم
لحفر الارض مع ضمانه للارش فكذا هنا بدفعه ووضح الفرق
بين الامرين لتوقف القلع على الحفر مع عدم توقف الاخراج على
الهدم هنا لتعدد جواز ذبح الحيوان شرعا وجريان العادة عليه
نعم لو لم تجر العادة عليه وكان مما يكره اكله شرعا كالخيل فقد يمنع

اذا كان من

تقديم ذبحه على الهدم لنفي الضرر والضرار واولى بالمنع مما لا يؤكل شرعا
وان جاز فيه شرعا الانتفاع بجلده ونحوه واولى من ذلك ما لا يجوز
ذبحه شرعا اصلا فيتعين اختيار الهدم للاخراج لانحصار الامر فيه
هو المفروض ولكن للبحث في غيره مجال والغرض هو الذي قد ادخله
على نفسه كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم قال وكذا ان لم يكن

في حكم عدم حصول التفريط اصلا

من احدهما تفريط ضمن صاحب الدابة الهدم
لانه لمصلحته اقول قد صرح بذلك كثير منهم بل هو المشهور
كما قيل بل ربما نسب اليهم لانه لتخليص ماله ويشكل بان التخليص
والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما بل هو الغالب وقد تكون مختصة
بصاحب الدار بان لا يكون لصاحب الدابة حاجة الى اخراجها
لصغرها او عدم صلاحيتها للانتفاع بها بوجه من الوجوه وصاحب الدار
يحتاج اليها في موضع الدابة عاجلا والمفروض انتفاء التفريط نعم
لو خيف هلاك الدابة بدون الاخراج اتجه وجوبه لحرمة الروح ومع
ذلك ففي اقتضاء ذلك ضمان صاحب الدابة نظر كما في المسالك فقد

يورد عليه بأن صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير وتخليص
ملكه منها فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة الى ذلك وجب
جبره على صاحب الدابة لقاعدة نفي الضرر والضرار وقد يدفع
بأن القاعدة لا تشمل امثال ذلك مما لا يرجع الى شرع الحكم
الضرري بالعباد وانما هو من تزاحم الحقوق والامور التي قد
يتفق اجتماعها في الخارج فيلاحظ ما هو الاهم شرعا والاكثر
ضررا فيقدم غيره عليه لو كان وبأن كل منهما فالمحكم هو التخيير
بينهما فان تشاحا بينهما رجح احدهما بالقرعة او باختيار الحاكم
لاحدهما وفرضنا ان الآخر لما تلف بسببه ح وجهان من الاصل
وعموم دليل التسبيب كما قيل وفيه تأمل فلا مخرج عن الاصل في عدم [illegible]
ومن تأمل والله اعلم وح ففي كون الضمان على الحاكم او في بيت المال او
نفيه اصلا وجوه لعل اقربها الاخير لعدم المخرج عن الاصل اللهم الا
ان يتم اجماع على الضمان وانى بذلك وبيت المال معد للمصالح
العامة وقاعدة الاتلاف قد تشك في شمولها لمثل ذلك فتأمل
جيدا والله اعلم قال ره ولو ادخلت دابة راسها
في قدر وافتقر اخراجها الى كسر القدر فان
كانت يد المالك للدابة عليها او فرط في حفظها
ضمن وان لم تكن يده عليها وكان صاحب القدر
مفرطا مثل ان يجعل قدره في الطريق كسرت
القدر عنها ولا ضمان في الكسر وان لم يكن من

احدهما

(حاشية: ٢ وكون ذلك لمصلحته من)

١٤

احدهما تفريط ولم يكن المالك معها وكانت القدر
في ملك صاحبها كسرت وضمن صاحب الدابة
لان ذلك لمصلحته اقول هذا الفرض واشباهه من تزاحم الحقوق
التي لا يمكن الجمع بينها بدون ضرر على احدهما او عليهما وح فان كان
الضرر على احدهما متعينا ضمنه الا مع تفريطه والا فلا ضمان عليه
للاصل وغيره وان كان الضرر على احدهما من غير تعيين تخير فان
تراضيا على شيء فلا اعتراض لاحد عليهما وان تشاحا واراد كل منهما
سلامته من الضرر وايقاع صاحبه فيه اقرع الحاكم بينهما او اختار احدهما
بدون اقتراع لانه منصوب لقطع الخصومات والتنازعات فاذا
اختار احدهما ففي ضمان الآخر لما فاته وجهان من الاصل ومن كون ذلك
لمصلحته وانه هو السبب في الاتلاف كما قيل وعلى الاول ففي كون الضرر على
الحاكم او على بيت المال وجهان اليهما من الاصل ومن انه ذكره من المصالح
المعدة لها بيت المال كما قيل والامر سهل والله اعلم وان الضرر عليهما معا
لوحظ اقلهما ضررا فيرجح على الاكثر وفي ضمان الآخر له ضرره اليسير
وجهان من الاصل وكون ذلك لمصلحته وكونه هو المتلف له او انه هو
السبب فيه كما قيل وعلى الاول ففي كون العوض في بيت المال
ايضا وجهان كما سبق ولو كان التفريط من احدهما فعليه الضمان لما تلف
لكونه مضمونا عليه كما في نظائره وهذا كله من حيث القاعدة الكلية في تزاحم
الحقوق واما الموارد الجزئية فكثيرة منها ما في المتن وغيره من ادخال الدابة

(حاشية: فكيف مع تعمد [illegible] في تكميل الضابط الكلي)

(حاشية: ٢ كما في)

(حاشية: في الضابط الكلي على المق[illegible])

رأسه في القدر مثلاً ولم يمكن اخراجه منها الا بكسر القدر او ذبح
الدابة فان تعذر الاثنان شرعاً كما في كلب الصيد ونحوه تعين
الاول لانحصار الاخراج الواجب عليهما معا بذلك وح
فان كان صاحب الدابة مفرطاً ضمن القدر كما نص عليه كثير
منهم من غير خلاف فيه يعرف لقاعدة الاتلاف ونحوها وان
كان صاحب القدر مفرطاً فلا ضمان على صاحب الدابة مط
وان كان هو المباشر للكسر كما نص عليه كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف للاصل ولتفريطه في حفظ ماله وسقوط
احترامه وان الكسر لمصلحة صاحب الدابة الذي لم يفرط في حفظ
وان لم يكن من احدهما تفريط فلا ريب في لزوم كسر القدر
لتوقف حفظ النفس المحترمة التي لا يجوز ذبحها اصلاً على
ذلك حفظها مع كونه آدمياً ولكن في ضمان صاحب الدابة
لذلك اشكال الا ان يتم عليه اجماع وانى بذلك والله العالم
وان امكن كل واحد من الامرين فان تسالما على شيء فلا
اعتراض لاحد عليهما لانحصار الحق فيهما وان تشاحا لوحظ
اقل الامرين ضرراً وان تساويا من كل وجه اقرع بينهما او
تخير الحاكم بدون اقتراع ولو سبق احدهما الى فعل احد
الامرين فوافقه بذلك اشكال من الاصل وسقوط حرمة المال

ومن

ومن امثلته تحريم التصرف في مال الغير والمحرم من جوازه للمالك
جوازه لغيره كما هو واضح هذا وفي الكل ان عطف المتن
قوله ولم يكن المالك معه على ما اذا لم يكن من احدهما تفريط
غير جيد لان عدم كون المالك معه قد يكون من موجبات
عدم التفريط وقد يجامع التفريط وكذا قوله وكانت القدر
في ملك صاحبها فانه من امثلة عدم التفريط فعطفه عليه يقتضي
المغايرة وكونه شرطاً آخر مع عدمه ليس بجيد وكان حقهما
ان يكونا مثالين لعدم التفريط ولو جعل الواو للحال كان قريباً
من المقصود وان كان لا يخلو من قصور في الجملة ايض وقد يفرق
بان العطف تفسيري لا يقتضي المغايرة وفي تغيير المقابلة ... في
على ارادة التفسير دون المغايرة كما ان عطف التفريط على يد
المالك في صدر العنوان انما هو من باب عطف العام على الخاص لا
من غيره كما زعمه بعضهم فلاحظ وتامل والله العالم ومنها ايضاً
ما لو جاء السيل فقلع نخلة من ملك زيد وانبتها في ملك
عمرو مثلاً فقد قيل بان على مالك النخلة ان يخلصها من ملك غيره
وان لم يجبر كل ضرر يكون بحسب ذلك من ماله بل قيل بانه من المسلمات
لان ذلك مما يتوقف عليه فعل الواجب فعليه فعله وضمان
النقص الحاصل منه كما قيل وقد يورد عليه بانه لا دليل على الوجوب

كوضوح حكم التفات ما سبق لاتحاد المناط في الجميع

التفريط هنا

+

المزبور بانه لا دليل عليه مع اصالة برائة الذمة منه ودعوى الاجماع
عليه عهدتها على مدعيها وليس الزام مالك الارض باخراجه من
ارضه للاصل مع عدم تفريطه في ذلك كما هو المفروض ولكن لو
اخراجه من ارضه للاصل وعدم شمول دليل حرمة التصرف
في مال الغير بغير اذنه لمثل ذلك وح فاذا اخرجها فليس على صاحبها
طم الحفر ونحوه الا انه قد يمنع ذلك ايضا لاصالة حرمة التصرف
في مال الغير بغير اذنه وح فيرفع امره الى الحاكم فينظر ما فيه
المصلحة واقلية الضرر او القرعة او نحو ذلك ولو بان يامر
باخراجه ولا ضمان على صاحبها للاصل مع عدم تفريطه في ذلك
ومن انه لو امره الحاكم باخراجها بنفسه فكذلك لان امتثال امر
الحاكم لا يوجب الضمان مع اصالة عدمه ودعوى ان صاحب
النخلة مكلف باخراج النخلة وتخليص ملكه منها فكل ضرر
حصل على صاحب الارض بالنسبة الى ذلك وجب جبره على
صاحب النخلة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار كما قيل واضحة المنع
بل لا تخلو من مصادرة فتامل جيدا والله اعلم ومنها لو دخل دينار
في محبرة بغير تفريط من احدهما ومنها ما لو دخلت زجاجة
اليقطين مثلا فان الفرع المعنون في كلماتهم من الموارد الكثيرة المتحدة
المناط ولكن ليس منها ما لو باع انسان داره وفيها حباب كبار
مثلا لا يمكن اخراجها الا بكسرها او بهدم الدار ونحو ذلك فان المعاوضة
وجوب التخلية على البائع فيجب عليه مقدمة المباحة كما في نظائره
جيدا والله اعلم

جيدا والله اعلم قال ره التاسعة قال الشيخ في المبسوط
اذا خشي على حائط جاره ان يسند بجذع
من غير اذن مالك الجذع مدعيا للاجماع
وفي دعوى الاجماع نظر اقول بل منع ظاهر بعد
عدم تعرض الاكثر لذلك بل في المسالك عن غيره انا لا نعلم له
موافقا عليه فضلا عن كونه اجماعا وان وافقه الشهيد
في الدروس لشبهة الاجماع المنقول بخبر الواحد الا انه لا اثر
له في صحة دعوى الاجماع لان المعتبر فيه انما هو اجماع من في عصره
وما قبله وهو منتف خصوصا على وجه يصير حجة شرعية تخص
به العمومات القطعية ولكن قد يقال ان الشيخ انما قال بلا خلاف
والنظر فيه انما يكون بوجود المخالف له في ذلك ولم نعثر عليه لا ممن
سبقه ولا ممن عاصره واتفاق من تأخر عنه على خلافه غير وارد عليه
كما هو واضح هذا وقد يتنزل فتواه ره على ما اذا خيف من وقوع
الحائط الضرر على النفوس المحترمة التي يسوغ لها اتلاف نفس الجذع
مثلا فجواز الانتفاع به لذلك اولى منه قطعا كما جزم به الثاني وغيره
بل قيل بانه يشعر به تعليله بان مراعاة المصلحة الكلية اولى من الموارد
الجزئية مع التعارض كما قيل وقال الشهيد وتعليل الشيخ فيه الاجماع
وح فلا ضمان عليه او اجرته وان انتفى عنه الاثم بذلك ومع فيه
فتدبر ودعوى ان خوف تلف المال الكثير يبيح التصرف في مال الغير

الجذع

اذا كان يسيرا مما لا تشح عليها ان لم يكن على عدمها كدعوى جواز
التصرف في مال الغير بغير اذنه لخوف تلف بعض المصالح العامة
كالقناطير والطرق العامة ونحوها مع القطع بعدم تضرر
النفوس المحترمة ببطلان التصرف المزبور كاسناد الى نظائرها
في طريق المسلمين او القنطرة كذلك فان اسناده بجميع الغير
مع فرض الخيار الامر فيه والجبر بالارش والاجرة ونحو ذلك ادلة
فانه جهة مرجحة ايضا كما قيل وفيه ان ذلك لا ينطبق على
الاصول الشرعية بل هو مناسب للمصالح المرسلة ونحوها من الاصول
الفاسدة عند ناخذه جميعا والله اعلم فالمسألة العاشرة اذا
جنى العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قيمته
وان طلب ولي الدم الدية لزم الغاصب اقل
الامرين من قيمته ودية لجنايته وان اوجبت
قصاصا فيما دون النفس فاقتص منه ضمن
الارش وان عفى على مال ضمن الغاصب اقل
الامرين اقول اما الاول فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف
فيه يعرف بل ربما نفى الاشكال فيه لان يده يد ضمان من غير فرق
بين تلفه بسبب جنايته او بآفة سماوية فانه مضمون بقيمته يوم
تلفه او يوم غصبه او اعلى القيم او اقلها على نحو باقي الاعيان
المغصوبة ولا يلاحظ استحقاقه لان يقتص منه ضرورة انه لو قتل بعد رده

الى

الى سيده فهو مضمون عليه ايضا لعدم براءته بالرد المزبور لانه معيب
بعيب في يده وكذا لو ارتد عن ملة او عن فطرة في يد الغاصب فقتل
في يده او بعد رده الى سيده لاتحاد المناط في الجميع ولو غصبه
مرتدا او سارقا فقتل او قطع عنده فقد قيل كما عن التذكرة وكثير
من العبارات بضمانه لاستحقاق القتل او القطع لانه مملوك عندهم
وقد دخل في عهدة الغاصب وضمانه معيبا وعدم خروجه عن الملك
او عدم كونه مضمونا لانه مشرف على التلف كلا او بعضا فكانه قد
قبضه مقتولا او مقطوعا يده مع اصالة براءة الذمة يدفعه انها
كالاجتهاد في مقابلة اصالة بقاء الملك وعموماته وفي مقابلة قاعدة
اليد ونحوها ولكن في القواعد انه لو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا
فعلى الغاصب اعلى القيم وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد وكذا
لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ولو غصبه
مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر
فان ضمناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل وكذا الاشكال لو
انعكس وكذا لو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الارش
خاصة وكذا لو اشترى مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يد المشتري ففي
كونه من ضمان البايع نظر وقد يوجه النظر الاول بالاصل مع الشك
في شمول ادلة الضمان لذلك كما قيل وبخروج نحو ذلك عن المالية عرفا
وان كان مملوكا في نفسه كما قيل وبوجود السبب في يد المالك فكان كوجود
المسبب في يده وبانه لا يضمن بالجناية عليه فلا يضمن باليد وان ازالة
من القتل والقطع
على العبد المرتد

في ضمان الغاصب للعبد المرتد عند المالك وعدمه

في التوجيهات لعدم الضمان للمطلعة

ودفن [illegible] الخ [illegible] والاطلاق [illegible] [illegible] [illegible] اصالة العدم والاطلاق كما في [illegible]

ملك المالك لا تضمن بالقتل فاولى ان لا تضمن بازالة يد
عنه كما قيل وضعف الكل ظاهر كما لا يخفى على ذوي البصائر فتامل جيدا
والله اعلم وقد يوجه الضمان في [illegible] بان الزائد على المقدر قد دخل
في عهدة الغاصب فعليه ضمانه كما لو كان الناقص من القيمة ازيد
من المقدر في قطع او من دية الحر في النفس كما فهمه الفخر والمحقق
الثاني وغيرهما وقرره السيد العميد والشهيد على القطع بالسرقة
لان اطلاق المقدر على دية الحر خلاف الظاهر وان كان يتاتى
في الارتداد كان تكون قيمته الفي دينار فان الغاصب على مذهب
المحقق يضمن الفا ويستدل الفخر كما عن الايضاح على ذلك او على
ضمانه للمنافع بانه قد استقر ملك المالك على ذلك في علم الله
نعم قيد الغاصب عادية وقال انه هو الحق ومعناه ان المستحق
للقاطع انما هو ما قابل مقدار اليد وهو نصف قيمته كما لو كانت
قيمته مائة وما نقص من القيمة فوق ذلك كما اذا صار يساوي
عشرين مثلا يؤخذ من الغاصب وهو ثلثون لكن فيه ان
مؤاخذة الغاصب بالزائد فرع كون متعلق الاصل مضمونا في الجملة
كما لو جنى عليه الاجنبي في يد الغاصب واما مع عدم الضمان فلا وجه
لتضمين شيء اصلا كما جزم به بعضهم وفي جامع المقاصد ضمان الزائد
اذا كان الجرح دية المقدر في الاطراف او من دية الحر في النفس لان
المستحق انما هو ما قابل مقدار اليد لا ما نقص من القيمة فان ذلك
يؤخذ به الغاصب دون الجاني وليس هذا بشيء يعتد به لان مؤاخذة الغاصب

٢ على تقدير المنع ح

٢ اليد ح

بالزيادة

بالزيادة فرع كون متعلق الاصل مضمونا في الجملة كما لو جنى الاجنبي في يد
الغاصب اما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء اصلا والاصح
عدم الفرق فلو منعنا الضمان لم يجب شيء اصلا بل وهو جيد جدا
كما اعترف به بعض من تاخر اللهم الا ان يقال بان النظر انما هو
في الضمان المعهود في كلامه الذي بني عليه والممنوع انما هو ذلك الضمان
لا اصل الضمان وح فيكون الضمان في الجملة ثابتا فيتجه عليه ضمان
النقص المزبور كما هو واضح بادنى تامل وتدبر فلا تغفل والله اعلم
واما لو انعكس بان ارتد او سرق في يد الغاصب فقتل او قطع
في يد المالك فقد يوجه بانه قد سلمه الى مالكه سليما من العيوب العرفية
الموجبة لنقص المال فخرج عن عهدته فلا ضمان عليه وبانه قد رده
اليه معيبا بعيب مضمون عليه فهو باق في عهدته وهو الوجه كما اعترف
به كثير منهم وقد يرد على الفاضل بان هذا الاشكال مناف لجزمه
الذي في قوله وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك
فانه يضمن القيمة فيكون ح رجوعا عن الجزم الى التردد كما قيل ولكنه
في غير محله لموافقة الجزم به الذي قد نص عليه كثير منهم من غير خلاف
فيه يعرف للاصول الشرعية والموافقة لقواعد الغصب كما هو واضح
وقد يدفع بقصر الذي بني على الارتداد وقصر الاشكال على صورة القطع
فقط في يد المالك بعد السرقة في يد الغاصب فلم يتجه موضع الجزم
والاشكال فلا تنافي بينهما ولا رجوع منه اصلا ولعل هذا هو الاظهر

لكن يبقى عليه سؤال الفرق بين الردة والسرقة وكون الردة
سببا للقتل الموجب لتمام القيمة على الغاصب بخلاف السرقة
فإنها موجبة لقطع اليد الموجب للأرش غير مجد بالنسبة إلى أصل
الضمان على الغاصب كما هو واضح كوضوح ضمان الغاصب للأرش
خاصة فلو ارتدت بيده ثم مات في يد المالك من غير قتل لا أنه
إذا ملكه معيبا فعليه أرشه كغيره من المغصوبات اللهم إلا أن يق
بأن هذا العيب لا يوجب نقصان القيمة عادة فلا يكون مضمونا
على الغاصب فضلا عن كونه من العيوب ولكنه في عهدة الغاصب
فإن قتل أو قطع في يد المالك ضمنه الغاصب وإن مات في يد
المالك فلا شيء على الغاصب أصلا كما عن صريح التذكرة ولأنه
به للأصل ولأنه قد خرج عن عهدته في غير صورة قتله أو قطع
بيده في يد مالكه ودعوى الإجماع على ثبوت الأرش فعلا على
عهدتها على مدعيها في أمثال هذه الفروع التي لم يتعرض لها إلا
القليل فلاحظ وتأمل والله أعلم وأما النظر في حكم ما لو اشترى
مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشتري فتحقيقه بأنه
من جهة حدوثه في يد المشتري بعد انقضاء مدة الخيار فلا يكون
من ضمان البائع ومن استناده إلى سبب حاصل عنده فيكون من ضمانه
كما قيل وضعفه ظاهر كما لا يخفى على ذوي البصائر وفي جامع المقاصد
وغيره أن هذا النظر ليس بشيء لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري
بالحال فلا إشكال فإنه لا يستحق شيئا على البائع لأن علم المشتري

بالعيب

٢ الغاصب ح

بالعيب لا يسقط خياره ويستحق به الأرش وإن كان مع جهله
بالحال فلا إشكال في أنه يستحق ثم إن الذي يسقط ظاهر كلامهم
أن البائع يضمن ما يضمنه الغاصب وهو مشكل لأنه إنما يستحق
بالعيب أرش العيب خاصة وإن حدث به هلاكه كما لو اشتراه
مريضا وهو جاهل بالمرض فمات به فإن البائع إنما يضمن ما كان
في يده لا ما تجدد في يد المشتري والموت والقطع متجددان كما أن
في يده كما هو المفروض المخرج لذلك عما فيه وفي غيره مما لا يخلو بعضه
من نظر فتدبر والله أعلم وأما الثاني فقد صرح به كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف وإن صرحت بعبارة المسالك ونحوها كما قيل
ولكنه في غير محله وقد يستدل على ذلك بأن ذلك هو الذي
يستحقه الولي شرعا ودون ذلك لأن الدية إن كانت هي الأقل فهو
المطلوب شرعا وإن كانت القيمة هي الأقل لم يجب ما زاد عليها لأن
الجاني لا يجني على أكثر من نفسه كما هو محرر عندهم ولو طلب المجني عليه
أضعاف قيمته لأجل العفو عنه وجب على الغاصب لما تقدم من رد
المغصوب إلى مالكه كما هو المفروض ولأنه مؤاخذ بأشق الأحوال
أو بالنسبة إلى رد العين فقط كما قيل وربما يقال بأنه لا يجب
على الغاصب جميع ما يقترحه المجني عليه للأصل ولعدم ثبوت
مؤاخذته بالأشق حتى بالنسبة إلى الرد إذ ما ثبت ما يتوقف عليه
خارجا عن مقدماته العادية كما في الاقتراح المزبور آنفا

٢ بل ظاهر المسالك انه هو المشهور ح

عنه قطعا ولكن الاحتياط مما لا ينبغي تركه فتأمل جيدا والله اعلم
ولو مات العبد الجاني في يد الغاصب فيجب عليه دفع قيمته
لمالكه لقاعدة اليد وغيرها وليس للمجني عليه الرجوع على
الغاصب ولا على المالك بشيء اصلا للاصل وذهاب حقه بموته
ودعوى ان حقه قد تعلق بالقيمة التي هي بدل العين على
نحو تعلق حق الرهانة ببدل العين المرهونة اذا اتلفها
متلف فانه يتعلق ببدلها مما لا شاهد عليها ان لم يكن
على عدمها نعم قد يلتزم بذلك فيما لو جنى على العبد المزبور جان
فقتله مثلا فان على هذا الجاني قيمته لمالكه او للمجني عليه او لكل
واحد منهما قيمة لانه قد اتلف على كل واحد منهما قيمة تامة كما قيل
وعلى الاول الذي قد صرح به كثير منهم من غير خلاف يعرف كما هو
مقتضى قاعدة اليد ونحوها ففي تعلق حق الجناية بالقيمة المدفوعة
الى المالك وعدمه وجهان من الاصل ومن ان حق الجناية كحق الرهانة
كما قيل وقوة الاول ظاهرة لضعف الثاني لو صح ان حق الرهانة
متعلق بالعين المرهونة من حيث المالية فقد يلتزم بانتقاله الى
القيمة وهذا بخلاف العبد الجاني عمدا فان حق القصاص منه انما
تعلق بنفسه من حيث هي مع قطع النظر عن ماليته فاذا انتفت ذهب حق القصاص
عنه قطعا بل وكذا مع قتله عمدا ولكن في قيام تعلقه بالمال تأمل
وجهان من الاصل ومن نفي الضرر ونحوه كما قيل وضمان الغاصب
لقاعدة اليد ونحوها لا يقتضي تعلق حق الجناية به كما هو واضح
وفيما لو

وفي المسالك ان الجاني في يد الغاصب اما ان يدفعه الى المالك بعد فكه
من الجناية او قبله او لا يدفعه بل يتلف في يده فان فكه من الجناية
ثم دفعه الى مالكه فقد برئ من الحقين وان دفعه الى المالك قبل
فكه من الجناية وكانت الجناية متعلقة بنفسه فللمجني عليه استيفاؤها
فيرجع المالك بقيمته ان قتل وبارشه ان نقص على الغاصب لانه
قد رده بعيب مضمون عليه وان تلف في يده قبل ايفاء حق الجناية
فللمالك عليه قيمته او الاقصى على ما سبق فاذا اخذها فللمجني عليه
ان يغرم الغاصب لان تعلق بالقيمة التي قد اخذها المالك لان
حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق ببدلها كالعين المرهونة اذا
اتلفها متلف فان الرهن يتعلق ببدلها ويحتمل اختصاص
المالك بما اخذه والمجني عليه يطالب الغاصب كما ان المجني عليه لو
اخذ ارش الجناية لم يكن للمالك التعلق به لهما كرجلين لكل واحد
منهما دين على ثالث والاصح الاول فاذا اخذ المجني عليه حقه من تلك
القيمة رجع المالك بما اخذه على الغاصب لانه لم يسلم له بل اخذ منه
بجناية مضمونة على الغاصب ثم الذي ياخذه المجني عليه قد يكون جميع
القيمة بان كان الارش بقدرها وقد يكون بعضها بان كانت القيمة
الفا والارش خمسمائة فاذا اخذ المجني عليه الارش رجع المالك به
خاصة لان الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوي الفا فرجع بانخفاض
السوق الى خمسمائة ثم جنى ومات عند الغاصب واوجبنا للمالك اقصى
القيم فليس للمجني عليه الا خمسمائة وان كان ارش الجناية الفا لانه ليس
عليه الا قدر قيمته يوم الجناية الى غير ذلك مما فيها وفي غيرها مما لا يخلو

بعض من نظر او منع خصوصا بالنسبة الى ما هو المفروض من الجناية
العمدية الموجبة للقصاص دون المال فان التحقيق فيه ما سبق من
التفصيل بين موته في يد الغاصب الموجب لسقوط حق القصاص
لزوال محله ولا شيء لولي الدم لا على المالك ولا على الغاصب
للاصل وكون الغاصب ضامنا للمالك غير قاض بثبوت شيء
عليه للمجني عليه ودعوى الاجماع على ثبوتية عهدتها على مدعيها بعد
قلة المتعرض واولى بالمنع دعوى ان تسلطه على اخذ المال
بدل القصاص موجب لتعلق حقه بالعوض الذي يأخذه المالك
من الغاصب الغصب فانه مما لا شاهد عليها مع اصالة العدم
مطلقا حتى لو طلب المجني عليه المال ومات العبد قبل ان يدفع اليه
المال وقبل ان تشتغل ذمة المالك به بصلح ونحوه نعم
لو استرقه المجني عليه وصار ملكا له فعلا كان مضمونا له عند
الغاصب لاستمرار يده العادية عليه ولا تعلق للمالك به اصلا
كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم ولو كان العبد وديعة فجنى
بالمستغرق ثم قتله المودع بفتح الدال فعليه قيمته تتعلق
بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي لم تجب قيمة اخرى على المودع
لانه جان وهو غير مضمون عليه كما هو واضح كما قيل وقد يقوى
بان القاتل انما يضمن للمالك لان المفروض انه باق على ملكه
قبل استرقاق المجني عليه له فيأخذ قيمته المالك وفي تعلق حق
المجني عليه بها الوجهان ومقتضى الاصل العدم الا ان يتم عليه اجماع

الجناية عليه في يد الغاصب
الموجبة لتعلق حق
المجني عليه ببدله في وجه
وبين [illegible]

٢ لذلك شيء

فمسئلة الوديعة هنا
لا ربط لها
بمسئلة الغصب

مع بطلان القياس على حق الرهانة مع الحكم فيها كما تقدم مما لا
فتدبر والله اعلم واما الثالث فلا خلاف فيه ولا اشكال ووجهه
ظاهر مما مر في الاول لاتحاد المناط فيهما حتى في لزوم اقل الامرين
مع طلب المال المقرر في الشرع من دون اقتراح زائد عليه
اضعاف قيمته مثلا ولو اقترح ذلك فقد يجب دفع
ذلك على الغاصب لرده على المالك البحث الذي يأتي ايضا لان
الجميع من باب واحد كما هو واضح والله اعلم ولو جنى العبد في يد سيده
بالمستوعب ثم غصبه فجنى اخرى بالمستوعب ايضا ولم يحكم به للاول
ففي القواعد وعن التذكرة وغيرها انه يباع فيهما ويرجع
على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده
وكان للمجني عليه اولا ان يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك
من الغاصب عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه كما عن
التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وقد يستشكل بانه اذا
استرق في الاول فقد خرج عن ملك سيده ودخل في ملك المجني عليه
فاذا استرقه المجني عليه الثاني فقد انتزعه من المجني عليه الاول ولا تعلق
للمالك فيه اصلا واذا لم يسترق اصلا فهو باق على ملك سيده وقد
تعلقت به جنايتان جناية عند سيده وجناية عند الغاصب فلا رجحان
للاولى على الثانية من جهة سبقها عليها للاصل وغيره ولا رجحان للثانية
على الاولى وان كان هو ظاهر رواية علي بن عقبة الا انه معارض بغيره

وح فيتخير كان في استرقاقه او في قيمته على حسب اختيارهما ولا يتعين
على بيعه بعينه بل ذلك موكول الى رضاهما به ولو مات عند
الغاصب قبل ذلك فعليه قيمته لهما معا لانه مضمون عليه كذلك
ولو قلنا بضمانه لمالكه وبان قيمته له في تعلق حق المجني عليه
بها البحث السابق لاتحاد المناط في الجميع كما هو واضح وقد
تفصل هنا بان العبد اذا جنى على حر او عبد جناية تستوعب قيمته
عمدا او خطأ ثم انه قد غصبه فجنى جناية اخرى كذلك في يد
الغاصب فاسترقه المجني عليه اولا او وليه او سيده حيث لم يرد
القصاص في العمد او لم يفكه المولى في الخطأ فانه يصير ملكه ولا
يحتاج الى حكم الحاكم وح فيتوجه جناية الثانية عمدا يصير امره
للمجني عليه ثانيا ان شاء استرقه وان شاء اقتص وان شاء
عفى وان كانت خطأ فان افتكه المجني عليه اولا فذاك والا فالمجني
عليه ثانيا مخير بين استرقاقه وبين بيعه واخذ قيمته والعفو عنه
فان لم يكن المجني عليه اولا او اولياؤه اختاروا شيئا من ذلك
حتى جنى الجناية الثانية شرك المجني عليهما او اولياؤهما فيه هو
لاشتراكهما في الاستحقاق وعدم الانتقال بمجرد الجناية الاولى
في العمد كما هو المعروف المشهور والمخالف انما هو الشيخ في النهاية
حيث قال باختصاص الثاني به عملا بظاهر خبر علي بن عقبة الا انه
قاصر عن معارضة صحيح زرارة الذي يستدل به المشهور فح فان
اختارا تملكه كان بينهما نصفين ولا يتعين عليهما البيع فان باعاه
ثم

الغاصب

قسم الثمن بينهما ورجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية
الثانية قد وقعت في يد الغاصب فضمانها عليه بخلاف الجناية الاولى
لوقوعها في يد السيد كما هو المفروض فاذا دفع الغاصب الى المالك
فللمجني عليه الاول ان يأخذ ذلك من المالك لان حق المجني عليه الاول
قد تعلق بقيمة العبد كلها لان المفروض كون الجناية مستوعبة و
قد وجد بعض القيمة فيتعلق به حقه كما قيل وفيه ان تعلقه انما كان
بنفس العين وقد تلفت شرعا بمزاحمة الجناية الثانية ومع ان ما
اخذه المالك انما كان من جهة الغصب منه واحراق قلبه وهتك احترامه
فهو له ولا تعلق للمجني عليه بذلك كما هو غير بعيد ودعوى الاجماع على
تعلقه به بعهدتها على مدعيها بعد قلة المتعرضين لذلك وبعد احالة
عدم تعلق حقه بالقيمة المأخوذة من الغاصب من جهة الغصب واما
عدم جواز اخذ المجني عليه ثانيا فقد يستدل عليه بان حق الاول
قد تعلق بجميع الرقبة وقد تمكن من فيه حقه وحق الثاني انما تعلق
بنصفها فقط كما قيل وبان الذي اخذه المالك من الغاصب انما هو عوض
ما اخذه الثاني منه فلا يتعلق به حقه مرتين والنقص الآخر من القيمة قد
فات بتعلق حق المجني عليه اولا به كما قيل وبان سبب وجوب النقص
انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن الجناية للمغصوب منه والغصب متقدم
على الجناية الثانية فلا يأخذ المجني عليه ثانيا مما وجب عنها كما لو جنى العبد
على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر فان ارش اليد لا يأخذ منه
المجني عليه ثانيا شيئا لوجوبه قبل بالقطع المتقدم على الجناية كما قيل

وفي الجميع حتى الثاني منه نظر بل المنع لها على وجه يكون سببا للفرق بينه
وبين الاول كانه مستظهر بل لعله من تعليلات العامة الذين جعل الله
الرشد في خلافهم وقد يجيء لذلك الشرح تتمة في محله نسئل الله تعالى
الوصول اليه به تعالى وبالنبي ص وآله ع تنبيهات الاول الظاهر
ان الغاصب يضمن قيمة نصف عبد تام صحيح كما لو استرقه المجني عليه
لان كونه مستحق الاسترقاق والبيع ونحوهما لا يوجب نقصانا في
قيمته السوقية وهذا بخلاف الارتداد ونحوه مما يوجب قتله شرعا
فانه منقص لها عرفا فقياس احدهما على الاخر في غير محله
فما قيل من انه يضمن نصف قيمته بمستحق للمجني عليه ان استرقه لانه
قد غصبه موصوفا بهذا الوصف فان ذلك خلاف ظاهر المتن فليس
لذلك كانه في غير محله فتدبر جيدا والله اعلم الثاني لو مات العبد المزبور
في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب
بنصف القيمة ويكون للمجني عليه اولا ان يأخذه منه كما في القواعد
وعن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وعن التذكرة انه
وقيل بان المجني عليه اولا يطالب الغاصب بتمام القيمة وبان
المجني عليه ثانيا يطالبه بنصف القيمة وان المالك لا يأخذ شيئا من
الغاصب ولا باس به وقد يورد عليه بانه لا وجه له بناء على بقائه
على ملك المالك كما هو المعروف اعني المجني عليه وان الغاصب
انما غصبه منه لا من المجني عليه اولا فانه لم يمنعه عن استيفاء حقه منه كما هو
المفروض بل قد يتجه على ذلك عدم تعلق حق لهما معا بما يأخذه المالك
من الغاصب من تمام القيمة كما لو مات عند غير الغاصب فان جهة الغصب
مختصة

مختصة بالمالك ولا تعلق لهما بها اصلا فضمانه بالموت انما يكون له لا لهما
وحقهما متعلق بالعين فلما ماتت انتفى محلهما مع اصالة عدم تعلقهما
بما اداه الغاصب الى المالك اللهم الا ان يتم عليه اجماع وانى بذلك
ولو سلم اتجه افتراقهما لذلك فيرجع المالك على الغاصب بما اخذه
الثاني منه لانه مضمون عليه وفي يده كما لو اخذ الاول له منه الرجوع
الى تقابل مع احتمال اشتراك المجني عليه اولا والمجني عليه ثانيا بما يفي
لانه بدل العين التي تعلق بها حقهما فيتعلق بما بدلها اليهم كما قيل
الا انه لا ثبت به عليه اليهم ان لم يكن على خلافه فتدبر جيدا والله اعلم الثالث
لو وهب المجني عليه ثانيا ما اوجبته الجناية للمالك كان له الرجوع بنصف
على الغاصب اليهم ولو وهبه للغاصب لم يكن للمالك الرجوع على الغاصب
للاصل ولانه بمنزلة من لم يجن عنده اصلا كما قيل وفيه تامل لعدم صحة
مثل هذه حتى لو اريد بها الابراء لانها لا تتعلق بغير الاعيان كما ان
الابراء لا تتعلق بغير ما في الذمم وكلاهما مفقودان هنا والعفو
عن الحق المتعلق بالرقبة لا يوجب الهبة للمالك على الغاصب كما هو واضح
ولو كانت الهبة بعد قبض حقه فلا ريب في [illegible] ولكنه لا يمنع
من رجوع المالك على الغاصب مطلقا حتى لو كانت الهبة له لاصالة البقاء
وغيرها فتدبر جيدا والله اعلم الرابع لو جنى العبد المغصوب على سيده فالقصاص
على الغاصب كالجناية على الاجنبي كما في القواعد وعن التذكرة والتحرير
وجامع المقاصد وغيرها ولا اشكال فيه مع العمد الموجب للقصاص منه لانه
مضمون عليه وانما الاشكال في الجناية التي لا توجب القصاص فقد قيل بانه
لا شيء للمالك على الغاصب لان الواجب حينئذ انما هو المال ولا يثبت للسيد

في مورد الهبة و الابراء

على ماله ولا بثبوته على الغاصب انما هو فرع ثبوته على العبد كما قيل ولكن
عن الايضاح وجامع المقاصد انه لا يضمن نقص القيمة في الخطأ اذا حصل
كما اذا تضمنت جنايته استطالته على سيده وقلة الرغبة فيه ومرادهما
انه لا يضمن ارش الجناية كما هو صريح الجامع ايض وانما يضمن هذا العيب
الحاصل فيه وكذا يجري [illegible] العبد فيضمن الغاصب ارشه خارجا عن ارش
الجناية لاختلافهما ولو كانت جنايته على طرف سيده ضمن الغاصب
اكثر الامرين كما عن الايضاح وجامع المقاصد وعن التذكرة انه يضمن
ارش العفو وعنها ايض وعن الايضاح وجامع ٢ انه ان عفى السيد
على مال ثبت المال على العبد وفداه الغاصب باقل الامرين من ارش
الجناية وقيمة العبد كما لا اجنبي الى غير ذلك مما تم [illegible] لا يخلو بعضها من
نظر او منع وفي القواعد الاشكال في ضمان الغاصب مع العمد من جهة
انه قد سلمه الى المولى ورده اليه سليما من العيوب فقد خرج عن عهدته
وضمانه والسيد هو المباشر لاتلافه باختياره فلا يلزم الغاصب عوضه
وهذا بخلاف ما اذا كانت الجناية على الاجنبي فانه انما سلمه الى المالك
معيبا مستحق قتله بغير اختيار المالك وعن الايضاح سراية الاشكال
في الخطأ ايض لانه قد سلمه اليه تاما كما هو المفروض الى غير ذلك فلاحظ
وتامل والله اعلم قال رح الحادية عشر اذا نقل المغصوب
الى غير بلد الغصب لزمه اعادته ولو طلب
المالك الاجرة عن اعادته لم يلزم الغاصب
لان الحق هو النقل ولو رضي المالك به

هناك

٢ المقاصد صح

هناك لم يكن للغاصب قهره على الاعادة
اقول اما الاول فلا نعرف فيه خلافا بل ربما نفي الاشكال فيه مع
كون المالك في بلد الغصب لتوقف الاداء والرد اليه على ذلك
ولكن لا يخرج بذلك عن عهدته وضمانه في زمان الرد كما هو واضح
ولو كان مالكه في غيره وجاء به الغاصب اليه فقد يتخير المالك بين
ان يقبضه حيث يدفعه اليه وبين ان يامره بالرد الى المكان الذي
غصبه فيه لانه عاد بنقله فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك وله ان
يامره بان يرده الى بعض المسافة بل هو اولى وقد يورد عليه بعدم
بل مقتضى الاصل او الاصول خلافه بل المتبادر من قوله ص حتى تؤدي وكل
مغصوب مردود انما هو الرد الى المالك وهو المتبادر من ذلك
انما هو الرد الى المكان الذي غصبه فيه خاصة مؤيدا ذلك بفتوى من وقفنا
عليه من الاصحاب كما قيل مما لا بد عليها عرفا على الظاهر هذا ولو رضي
المالك ببقائه دون المكان الاول فليس للغاصب الزيادة عليه لانه
تصرف في المغصوب بغير اذن المالك فلا يجوز [illegible] الماذون من المالك
فلو التزامه برده الى المكان الماذون فيه لتعديه في النقل كالاصل كما قيد وقد
يورد عليه ايض بعدم الدليل على الالتزام المزبور خصوصا مع كون
الرد الى مكان الغصب وان اثم بذلك بمخالفة المالك اللهم الا ان
يتم اجماع على خلاف ذلك فيتبع واني بذلك واولى بالمنع دعوى
ان ذلك غصب جديد فيجب ان يرده الى محله الذي عينه له لاطلاق
ادلته كما قيل لامكان التزام بقاء الغصب الاول بحاله فكلفته من منع

الدليل عليه

٢ وقد يقال صح

٢ وقد يمنع صح

والمعصية قد ترتفع الاثم في المكان المخصوص لان اذن المالك يجعله

في غصب الحر ونقله

ثم جيدا والله اعلم واما الثاني فلا نعرف فيه خلافا ايضا بل ظاهرهم
الاتفاق عليه للاصل ولانحصار حق المالك بالرد على اليه الا
ان يرضى الغاصب مع الاجرة اليه فلا بأس بل لان الحق لهما
فلا اعتراض عليهما كما هو واضح والله اعلم واما الثالث فلا
خلاف فيه ولا اشكال لان الرد انما كان لاجله فاذا لم يرده لم
يجز للغاصب التصرف فيه بغير اذنه فضلا عن نهيه عنه كما هو واضح
ثم جيدا والله اعلم ولو نقل حرا صغيرا او كبيرا قهرا من موضع الى
آخر فان لم يكن له غرض في الرجوع الى الموضع الاول فلا شيء
عليه وان كان له غرض فيه واحتاج الى مؤنة فهي على الناقل
على اشكال كما في التذكرة وفي المسالك الجزم بذلك لتعديه
بذلك ولنقل الحر والقرار ولكن المانع لها معا كما ترى مستظهر
ولا محيص عن الاصل والاقرب اعم من الضمان كالحر فلاحظ وتدبر
والله اعلم قال ره النوع الثاني في مسائل التنازع

في مسائل التنازع

وهي ست الاولى اذا تلف المغصوب
واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع
يمينه وهو قول الاكثر وقيل القول قول
الغاصب وهو اشبه اما لو ادعى ما يعلم كذبه
فيه مثل ان يقول ثمن الجارية حبة او درهم
لم يقبل القول لا ريب في عدم قبول قول احدهما مع العلم بكذبه
كسائر الدعاوى الكاذبة مثل ان يقول المالك قيمة الجارية الف

الف

الف ليرة ونحوها وانما الريب فيما لو كانت دعوى كل واحد منهما محتملة
للصدق والكذب فعن الشيخ في المقنعة والنهاية ان القول قول
المالك بيمينه بل نسبه المصنف الى الاكثر وفي الكفاية ولا يبعد
ترجيحه ولا ترجيح في كشف الرموز وغاية المراد كما في مفتاح
الكرامة ولكن عن الخلاف والمبسوط والسرائر ان القول قول
الغاصب بيمينه واختاره الفاضلان وسائر من تأخر عنهما بل هو
المشهور بل عليه المعظم كما اعترف به بعضهم بناء على قاعدة المدعي
والمنكر وان المدعي عليه البينة والمنكر عليه اليمين اذ لا ريب في صدق
المدعي على المالك وصدق المنكر على الغاصب مع اصالة براءة ذمته
من الزائد كما في نظائره بل والى قوله ع في صحيح ابي ولاد او باية
صاحب البغل بالشهود فان البينة انما هي على المدعي فيكون المنكر هو
الغاصب الا انه صريح في قبول قول المالك بيمينه وانه ان حلف على
القيمة لزم الغاصب العمل به وانه ان رد اليمين على الغاصب لزمه
العمل به ايضا وح فيكون هو المستند للشيخ مؤيدا ذلك بوجوده
في النهاية التي هي متون اخبار كما ذكره كثير منهم وبان المالك اعرف
بقيمة ماله غالبا وبان الغاصب لا يوثق بقوله بعد تعمده واقدامه
على فعل المحرمات خصوصا مع عدم اظهار توبته وندمه وبان ذلك
نوع عقوبة للغاصب قيل ولعله لذا مال كثير ممن تأخر الى العمل

في تقديم قول المالك مع يمينه

بالصحيح المزبور الذي تخص القاعدة المزبورة لولا اطباق
المتأخرين على ترك العمل به كما في الرياض وغيره وقد يُعلم
بانه خارج عن محل البحث فانه وارد في بيان طريق معرفة
القيمة لهما ولو برضاهما بحلف احدهما او بشهود يشهد والمعلقة
بدون حكم حاكم وقضاء بينهما لا ان المراد بيان تقديم قوله
مع عدم التراضي والا لم يكن معنى لقوله ع او يأتي بشهود لوضوح
عدم الحاجة اليهم في اثبات قوله بناء على ان القول قوله
بيمينه بل قد يشعر قوله اما ان تحلف انت الخ لان من له العذر
واما ان يحلف هو فيلزمه ما يحلفه او يرد اليمين عليك
فيلزمه ما تحلف عليه او يأتي بشهود ولعل التأمل الجيد يقضي
ان المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفة القيمة كما اثبتها
لكن بالحلف على الوجه المزبور او بالشهود وهو كذلك فانه
كلا منهما متبع بالنسبة الى تعيين كون القيمة كذلك في الواقع
ويكون تقديم قول الغاصب مما يراد منه تقديمه بالنسبة الى نفي
شغل ذمته بالزائد لا على تعيين كون القيمة كذلك فلذا لانه
في الصحيح المزبور على فرض المسئلة في هذا الاحتمال من كون المراد
شغل ذمة الغاصب بالزائد معه بل ان لم يحمل على ما ذكرناه
من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله ع تعرف انت وهو
لو صح كون المعرفة للحاكم بناء على ان القول قوله وليس
المراد من قوله ع او يرد اليمين عليك اليمين المردودة المصطلحة

اذ ذلك

اذ ليس انما هو على نفي ما يدعيه المنكر لا على اثبات ما يدعيه الغاصب
فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه والا لنافى
قواعد القضاء كما قيل الا ان الماتن لذلك كله ستظهر الاكبر
ظهوره في محل البحث وذلك انه ان تسالما على القيمة عملا عليه وان
اختلفا فيها كان المالك مخيرا بين ان يأتي بشهود على دعواه او
يحلف عليها فيلزم الغاصب العمل بها او يرد اليمين على الغاصب
فان حلف على اثبات ما يدعيه وعلى نفي ما يدعيه المالك لزم
المالك العمل بقوله وان نكل عن اليمين جرى عليه حكم النكول المحرر
في محله انشاء الله تعالى الوصول اليه ثم و بالنص و آله ع وكان عدم
تعرض النص لتفصيل ذلك كله اعتمادا على تلك القواعد المقررة
غاية ما هناك جعل المالك مخيرا مقدما على الغاصب الذي هو المنكر
ملاحظة تلك القواعد فلاحظ وتأمل والله اعلم تنبيه لو سقطت
دعوى الغاصب معلومية ففي قبول دعواه بما يحتمل الصدق وجهان
او قولان من عدم الوثوق بقوله بعد صدور الكذب منه والغاء
قوله فلا تقبل دعواه اصلا ومن عموم القواعد الشرعية ولا يلزم من
الغاء قوله المخصوص الغاء قوله مطلقا كما هو واضح وعلى الثاني ففي
قبول قول المالك مع عدمه ايضا وجهان من اطلاق صحيح ابي ولاد
مع عدم ثبوت الاعراض عنه في هذا الفرض الذي لا يعلم فيه تطابق
المدعي والمنكر بالنسبة الى الغاصب ومن التشكيك في شمول اطلاقه لمثل ذلك

هكذا به ح

فلا يرجع فيه لا الى قول المالك ولا الى قول الغاصب لو قلنا
انا لا نعرف القيمة ولا طريق لنا الى تشخيصها اصلا ولا طريق
لاهل الخبرة الى ذلك ايضا لان المفروض تلف العين المغصوبة
ولا علم لهم بحالها قبل الغصب ليحكم ببقائها الى ما بعد التلف
فاما المتجه حكم الحاكم على الغاصب باقل المحتملات قيمة اقتصارا
على المتيقن مع اصالة براءة الذمة من الزائد عليه لكن الا
الاحوط للغاصب دفع اعلى الاحتمالات وهذا الامر احوط
فانه اقرب الى العدل فليلاحظ وتامل والله اعلم قال ره المصنف
اذا تلف وادعى المالك صفة يزيد بها الثمن
لمعرفة الصفة فالقول قول الغاصب مع
يمينه لان الاصل يشهد له اما لو ادعى
الغاصب عيبا كالعور وشبهه وانكر المالك
فالقول قوله مع يمينه لان الاصل الصحة سواء
كان المغصوب موجودا او معدوما وما اقول اما
الاول فقد صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف عملا بقاعدة
المدعي والمنكر لموافقة الاصول للغاصب لكن في الكفاية ان
في محكي الى ولاده ما يدل على تقديم قول المالك الا ان الحكم
لذلك كانه مستظهر ولو لعدم معرفة العامل به هنا فان عبارة
الشيخين غير شاملة لذلك اذ المنقول عنهما انهما قالا

وان

هذه المسئلة التي اتفقا فيها في اصل القيمة والاختلاف في الزائد بخلاف المسئلة السابقة

وان اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه
خصوصا مع ما في الكفاية من نسبة الحكم بها اليهم وانه غير بعيد
مع حكاية الخلاف في هذه المسئلة فلاحظ وتامل والله اعلم
ولو ادعى المالك تخلل الخمر في يد الغاصب فانكره فان القول
قول الغاصب بيمينه لاصالة العدم وكذا لو اختلفا في تقديم الصفة
فادعى المالك سبقتها لتكثر الاجرة على الغاصب فان القول
قول الغاصب بيمينه لاصالة العدم ايضا الى غير ذلك من صور
النزاع الجارية على القواعد فلاحظ وتامل والله اعلم واما
الثاني فقد نص عليه كثير منهم لاصالة الصحة وينتفي بها وعدم عروض
العيب وحدوثه وتجدده ونحو ذلك مما يقدم على اصالة براءة الذمة
من الزائد التي هي موافقة لقول الغاصب لو ادعى الغاصب ان
العيب كان في اصل الخلقة بان ولد اعمى او اعرج او اطرش او نحو ذلك
فقد قيل بان القول قول المالك بل في المسالك نسبته الى المشهور
للغلبة فان السلامة في الخلقة غالبة وفي المسالك انه يعارضه اصالة
العدم وبراءة ذمة الغاصب مما يقابله مع عدم حجية الغلبة المذكورة
مع اصالة عدمها اللهم الا ان يقال بصدق المدعي على الغاصب فا
كصدق المنكر على المالك ابا القبول قوله مع يمينه وقد يحمل عبارة المق
على ما يشمل الفرض ولكن نحو تلف العبد او غيبته على وجه لا يمكن
الاطلاع عليه ولو شرعا واما مع وجوده والاطلاع على غيبته لكن

الاصل اوفقه ومع المالك لقول الغاصب

٢ ايضا في

كون العبد دفعة
وحرمة البشق

قد ادعى الغاصب تقدمه على الغصب فلا يكون مضمونا عليه وانكر المالك
وقال بل هو متأخر عنه فيكون مضمونا عليه ففي شموله نحو المتن
له تأمل بل الظاهر عدمه اذ لا مرجع لاصالة الصحة مع منع هذه
العيب او العلم به وانما النزاع في تقدمه على الغصب او تأخره
عنه بمعارضة اصالة تأخر الغصب عنه لان المفروض انهما معا
حادثان مجهولا التاريخ بل لو علم تاريخ احدهما لم يحكم بتأخر المجهول
عنه على الاصح كما هو محرر في محله والعرف لا يشخص المدعي والمنكر
منهما بالنسبة الى ذلك بل قد يدعى على انهما متداعيان فالمالك
يدعي تقدم الغصب وتأخر العيب عنه والغاصب يدعي العكس
الا انه قد يرجح تصديق المدعي على المالك لدعويه زيادة القيمة
التي ينكرها الغاصب فيكون القول قوله مع يمينه لصدق المنكر عليه
عرفا مع اصالة براءة ذمته من الزائد لا لاصالة تأخر العيب عن الغصب
كي تعارض باصالة تأخر العيب عن الغصب هذا ولكن للشيخ
وغيره عبارات لا تخلو من نظر او منع الآن نرجع الى التفصيل
المزبور ففي المبسوط انه اذا غصب عبدا فرده وهو اعور
فقال سيده اعور عندك وقال الغاصب بل عندك فالقول
قول الغاصب لانه غارم فان اختلفا والعبد قد مات ودفن
فالقول قول سيده انه ما اعور والفصل بينهما انه اذا مات ودفن
فالاصل السلامة حتى يعرف عيبا فكان القول قول السيد وليس
كذلك اذا كان حيا لان العيب شاهد موجود وعن السرائر انه
من غصب عبدا فرده وهو اعور واختلفا فقال اعور عندك وقال

واصالة التأخر عنه

الغاصب

الغاصب بل عندك قدم قول الغاصب لانه غارم وقال بعض اصحابنا
فان اختلفا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده انه كان
اعور والذي يقتضيه عندي ان القول قول الغاصب لانه غارم في
المسئلتين والاصل براءة الذمة وهذا الذي ذكره بعض اصحابنا
تخريج من تخريجات المخالفين والذي تقتضيه اصول المذهب ما
ذكرناه وعن التحرير انه لو اختلفا في تقدم العيب حلف الغاصب عليه
لانه غارم قاله الشيخ وابن ادريس ولو قيل بحلف المالك لان
الاصل السلامة وعدم التقدم كالمبيع كان وجها ولو اختلفا في
العيب بعد موته او انقطاع خبره حلف المالك عند الشيخ والغاصب
عند ابن ادريس والاول اصح الى غير ذلك من عبارات الفقهاء
وشروحها وغيرها فلاحظ وتأمل والله اعلم قال رح

الثالثة

اذا باع الغاصب شيئا ثم انتقل اليه بسبب
صحيح فقال للمشتري بعتك ما لا املك و
اقام بينة هل تسمع بينته قيل لا لانه يكذب
لها بمباشرة البيع وقيل ان اقتصر على لفظ البيع
و لم يضم اليه من الالفاظ ما يتضمن ادعاء
الملكية قبلت والا ردت اقول قد ارسل كثير منهم
القول بعدم قبول بينته لانه مكذب لها بفعله الظاهر في ملكه حال
البيع كما قيل او غلبته ظاهر كما اعترف به الشيخ وابن ادريس والفاضل

والتقييد الثاني وكثير من الاواخر علما عن بعضهم لانه البيع
مثلا بمجرده اعم من المملكية فقد يكون من الولي ومن الوكيل و
من الفضولي ولا دلالة للعام على الخاص الا مع انضمام بعض
القرائن الدالة على ارادته منه وح فيكون مكذبا لبينته لا مطلقا
فيتجه التفصيل المزبور الذي صار اليه الجماعة من غير خلاف يعرف
من من العامة كما قيل وان احتمله بعضهم واستضعفه غيره ومع عدم
القرائن على ارادة فصرفه المملوك في بعض الموارد كما في انصراف
بيع النصف الى نصف البايع لا الى النصف المشاع كما قيل
لا يقتضي ارادته في ساير الموارد كما هو واضح لوضوح ان اجراء
حكم الاقرار ظاهرا غير قاض بكون الحكم كذلك واقعا فيعمل كل
واحد من المقر والمقر له على ما هو مكلف به ظاهرا او واقعا كما
لو اقر بالغصب بعد ان باعه وقبل الانتقال اليه بسبب صحيح
وكذبه المشتري اغرم الثمن للمالك ان اجاز البيع وقلنا بصحته
والا اغرم بقيمته لعدم نفوذ الاقرار في حق الغير ولانه قد حال
بين السيد وعبده فيغرم باعترافه وقد صار الى ذلك اكثرهم
وكون في القواعد انه لو اقر بايع العبد بغصبيته من آخر وكذبه
المشتري اغرم البايع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك وقد يورد
عليها بانه ان اجازه فله الثمن وان لم يجزه فله القيمة العرفية
فليس له الاكثر مط وقد يدفع بالجملة على ما اذا مات المالك بعد
صدور احد الامرين منه فعلى البايع ان يدفع الى ورثته الاكثر منها

في تصحيحه عبارة الفاضل في جامع المقاصد

اوجملة

اوجملة على ما اذا اقر باستعارته بعد اقراره بالغصب فان
المستعير للرهن يلزمه اكثر الامرين وكلاهما فتعسف بين ولو
قيل بان الاكثر بدل الاقل من سهو القلم لكان اولى لا حالة
البراءة من الزائد كما في نظايره اللهم الا ان يكون ذلك مبنيا على
الضمان باعلى القيم او الا ان يفرض اختلاف جنس الثمن والقيمة
فلا يمكن الاقل ولا الاكثر بل يتعين الاحتياط او التخيير او القرعة
كما هو واضح وفي القواعد ايض بعد العبارة التي تقدمت ثم ان كان
قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به وان لم يكن قبضه فليس
له طلبه بل اقل الامرين من القيمة والثمن فان عاد العبد اليه
بفسخ او غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه اليه ولو
كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع لانه يملك فسخه فيقبل
اقراره بما يفسخه ولو اقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له
ويدفع الثمن الى بايعه ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما
عليه وكذا لو باعه على ثالث ولو صدقهما العبد فالاقرب القبول
ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تع كما لو اتفق العبد والسيد
على الرق وشهد عدلان بالعتق بغير ذلك مما فيها وفي غيرها
مما هو جار على قواعد الاقرار وانه يمضي في حق المقر لا في حق غيره

وان البايع المزبور مثلا لو كان قبض الثمن وجب عليه الرد له
كلا او بعضا وقال المشتري اني آخذه كذلك مقاصة على بعض
الوجوه ولا يكون من مجهول المالك بمجرد عدم قبول المشتري له
ظاهرا وان وقع ذلك في بعض العبارات الا انه في غير محله
فتامل جيدا والله اعلم قال ره الرابعة اذا مات العبد
فقال الغاصب رددته قبل موته فقال المالك
بعد موته فالقول قول المالك مع يمينه وقال
في الخلاف فلو عملنا في هذه بالقرعة كان
جائزا اقول اما تقديم قول المالك فقد صرح به كثير منهم
بل نسبه الى المشهور غير واحد منهم بل لا نعرف فيه خلافا كما اعترف
به بعضهم لتعارض الاصول وان تساقطها فيرجع الى اصالة بقاء
الضمان القاضية بشغل ذمة الغاصب والى قاعدة اليد واما
دعوى الغاصب براءة ذمته مع انكار المالك لها فيقدم
قوله بيمينه لعموم قوله ص البينة على المدعي واليمين على من انكر
وعموم قولهم ع البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ولا ريب
في صدق المدعي على الغاصب كصدق المنكر والمدعى عليه على المالك
وانكاره فقد شبه المكابرة واما القول بالقرعة المنقول عن الخلاف
في المتن وعن التحرير فقد انكره بعضهم وقال بان الموجود فيه انما
هو القرعة مع تعارض البينتين فقط ولكن فيه تدقيق بعدم الفرق بين

الصورتين

الصورتين بعد فرض تساقط الاصلين او البينتين لشمول دليلها
لهما معا فقد يكون النسبة اليه هنا من هذه الجهة او لوجوده في
مقام آخر والامر في ذلك سهل واما الاشكال في الحكم بتساقط
البينتين هنا فان المتجه ترجيح بينة الغاصب لانه هو المدعي
لانها وظيفته المقررة له شرعا بخلاف بينة المالك المنكر
فانها ليست مقررة له شرعا وانما المقرر له هو اليمين ولو
قلنا بترجيح بينة قدمت على بينة الغاصب فلم يبق قطعا كي
يرجع الى القرعة ودعوى انهما متداعيان فتسقط بينتهما معا
فيرجع الى القرعة على نحو بينة انما رجحت مع عدم رجحان
احديهما ببعض المرجحات كالاكثرية والاعدلية ونحوها ونحوه
المنع بل المقام من باب بينة الداخل والخارج كما نص عليه كثير منهم
ولكن عن المبسوط انه اذا اقام كل واحد منهما بينة عمل بما
ذكره في تقابل البينتين وان قلنا بان البينتين اذا تقابلتا
سقطتا وعدنا الى الاصل وهو بقاء العبد عنده حتى يعلم
رده حيا كان قويا وعن السرائر ان القول قول المالك
مع يمينه وعلى الغاصب البينة لانه هو المدعي لسقوط الملك بعد اقراره
بغصبه وكونه في يده حيا والمالك منكر لرده حيا وجاحد لما ادعى
عليه فالقول قوله لان الاجماع منعقد ان على المدعي البينة وعلى
الجاحد اليمين وهنا داخل تحت ذلك وان ما قواه منه هنا [illegible] فيه

فرقها بل البينتين لا مذهب صاحبنا وانما مذهب اصحابنا بلا خلاف
بينهم الرجوع الى القرعة لانه امر مشكل وهذا ليس من ذلك
القبيل ولا هو منه بسبيل ولا في هذا اشكال هنا حتى تستعمل
فيه القرعة بل مثاله رجل غصب جلالا لاخر فقال الغاصب
رددته وقال المغصوب منه ما رددته الي فالقول قول
المغصوب منه مع يمينه فان اقام كل واحد منهما بينة
سمعت بينة الغاصب لان البينتين مرتبة على بينة المغصوب منه
لانها تشهد بامر قد يخفى على بينة المالك وكذا لو ادعى
قضاء الدين وانكر المالك واقام كل منهما البينة كانت
المسموعة بينة القاضي لانها تشهد بشيء قد يخفى على بينة
من له الدين ولا يقول احد من علمائنا بانه تستعمل القرعة
ولا يعاد الى الاصل ودعوى ان المقام من المتضادين
الذي هو محل القرعة او التساقط والرجوع الى الاصل
وذلك لان الموت امر وجودي طار على الحيوة فيتوجه ضده
ولا يمكن الجمع بينهما فيحصل الاشتباه الموجب للقرعة او التساقط
والرجوع الى الاصل يدفعها ان ذلك لا يخرج المسئلة المذكورة
عن مسئلة بينة الداخل والخارج فلا يتوجه مع بنائه الترجيح الى
احدى البينتين على ذلك وانما يرجع الى القرعة في البينتين
المتضادتين ولم تكن احديهما بينة داخل وخارج وهذا بخلاف
المقام

المقام كما قيل وهو جيد بناء على ان المقام من باب المدعي والمنكر
لا من المتداعيين كما هو مقتضى كلام الشيخ ره وغيره ممن ذكر
القرعة ولعل النزاع فيما بينهم لفظي او موضوعي وفي الخلاف
فان غصب العبد ومات واختلفا فقال الغاصب رددته
ومات في يدك ايها المالك وقال المالك بل مات في يدك
ايها الغاصب واقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه سقطتا
عندنا ورجع الى الاصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده
وبه قال الشافعي وقال ابو يوسف تقدم بينة المالك بعد البدل
لا الغاصب وقال محمد تقدم بينة الغاصب لان الاصل براءة
ذمته دليلنا ان كل واحد منهما مدعي موت العبد عند صاحبه
وتكافئا ولا ترجيح فسقطتا وبقي الاصل وهو بقاء العبد عند
الغاصب حتى يعلم رده الى مالكه حيا وان عملنا في هذه المسئلة
بالقرعة كان ايضا جايزا انتهى وربما يستفاد من دليله شموله
لمحل النزاع هنا ايضا ولعله لذا نسبه اليه الفاضلان وغيرهما
فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره **الخامسة اذا اختلفا**
في تلف المغصوب فالقول قول الغاصب
مع يمينه فاذا حلف طالبه المالك
بالقيمة لتعذر العين اقول اما الاول فقد صرح به كثير
منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم بل ظاهر التذكرة وغاية المراد الاجماع

عليه لانه لو لم يقبل قوله بيمينه لزم تخليده في السجن وتكليف
ما لا يطاق وذلك محال او ضرر منفي فيما لو فرض صدقه اذ قد
يصدق ولا بينة له فيقبل ولا يرد مثله فيما لو اقام المالك البينة
على بقاء عين المغصوب لانه حينئذ مكلف برده ويحبس مع امكان
صدقه اذ البينة على بقائها لا تقتضي المطابقة في نفس الامر لانه
يمكن الفرق بينهما بان بقائها هنا ثابت شرعا وظاهر الحال
يقتضي صدق البينة فيه فيجب البناء على هذا الظاهر والحكم به
بالغصب والحبس الى ان يظهر للحاكم كونه تركه ليس عنادا
فاذا تعذر الوصول الى العين انتقل الى بدلها كما هنا بخلاف
البناء على الاصل فانه حجة ضعيفة مختلف فيها بين الفقهاء و
الاصوليين فلا يناسبه التضييق بالعقوبة ونحوها انتهى وفيه
انه لا بأس هنا بالحبس ونحوه الى ان يظهر للحاكم صدقه فلا يلزم
التخليد في السجن كما هو واضح كوضوح عدم الخلاف في حجية مثل
هذا الاصل فهو حجة قوية شرعا اللهم الا ان يتم اجماع على الحكم
فيتبع وانى بذلك فلاحظ وتامل والله اعلم واما الثاني
فلا نعرف فيه خلافا ايضا ولعل وجهه ضمان الحيلولة له بجلب
بحسب اعتقاد المالك لكن عن بعض العامة انه ليس له المطالبة
بالبدل لانه معتقد لبقاء الاصل فلا يسوغ له الانتقال الى
بدله مع اندراجه في ضمان الحيلولة كما قيل وضعفه ظاهر فتامل
جيدا والله اعلم قال ره السادسة اذا اختلفا فيما على
العبد من ثوب او خاتم فالقول قول الغاصب مع

يمينه

يمينه لان يده على الجميع اقول لا نعرف خلافا في ذلك
لصدق المدعي على ما مع العبد كصدق المنكر على الغاصب اذ كون
يده عادية بالنسبة الى نفس العبد غير قاض بكونها عادية بالنسبة
الى ثيابه ونحوها كما هو واضح كوضوح ان سبق يد المالك على العبد
غير قاض بسبقها على ثيابه ونحوها فتدبر جيدا والله اعلم تنبيه
قال الفاضل في التحرير وان كان المشتري للعبد المغصوب قد اعتقه
لم يقبل اقرار البائع والمشتري بغصبه ولو وافقهما العبد احتمل
القبول لانه مجهول النسب وقد اقر بالرق لمن يدعيه وعدمه
لان الحرية حق الله تعالى ولذا لو اعترف بالحرية اولا ثم اقر بالرق
لم يقبل وكذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اعتراف العبد والسيد
بالرق سمعت والاول اقوى واذا حكم بالحرية فللمالك تضمين
ايهما شاء تضمينه يوم العتق فان ضمن البائع رجع على المشتري لانه
قد اتلفه وان رجع على المشتري رجع على البائع بالثمن خاصة ولو
مات العبد وخلف مالا فهو للمدعي العلم بخلف وارثا ولا ولاء لاحد
عليه وقد نوقش فيه بان المتجه كونه للامام ع لانه وارث من لا وارث
له وقد يدفع بان المال المزبور مال بيد غيره مدع لرقية العبد ولا
معارض له شرعا مع الشك في شمول ادلة الارث لنحو ذلك كما
قيل اللهم الا ان يقال بانه لو كان لهذا العبد وارث خاص
لعارض المدعي المزبور فكذا الحاكم القائم مقام الوارث العام ع

اذ لا فرق بينهما في هذه الجهة كما قيل الآن الاولى الآن الاولى
لعدم معارضة المدعى الذي بوّب خصوصا مع كونه من معارف
هذا المال وخصوصا مع عدم معارضته له ايضا اما لعلمه به حال
او تفضلا منه على شيعته واحسانا منه
عليهم فانه ذو الفضل والاحسان
المبعوث لذلك من الملك المنان
واليه التوسل في كل وقت واوان
تم كتاب الغصب ويتلوه كتاب
الشفعة اتم

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

وقد فرغ من تسويده اقل العباد اقا ابن محمد علي
الكرماني في شهر ربيع الاول ١٣٣

